

abogacía

n° 4/ marzo 2010



TIRANT LO BLANCH



NOVEDADES DOCTRINALES
SECCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y ARRENDAMIENTOS URBANOS
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA
SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL
SECCIÓN DE EXTRANJERÍA
SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN DE DERECHO DEPORTIVO
SECCIÓN DE DERECHO PROCESAL
SECCIÓN DE DERECHO CONCURSAL
TALLER TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (TAM)

abogacía

n° 4/ marzo 2010

Publicación cuatrimestral

Índice

NOVEDADES DOCTRINALES

SECCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y ARRENDAMIENTOS URBANOS

- Algunos apuntes sobre los procedimientos en régimen de Propiedad Horizontal, *por Alberto Torres López*..... 7

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA

- Criterios económicos sobre las prestaciones económicas en los procesos de familia, *por Antonio Alcalá Navarro*..... 29

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

- Principios Generales del Derecho de Familia en Inglaterra y Gales 'donde puedo y debo divorciarme', *por Carolina Marín Pedreño* 41
– La sucesión *mortis causa* en el Derecho Alemán, *por Carmen Bascón-Rauscher*..... 51

SECCIÓN DE EXTRANJERÍA

- Una nueva ley para el asilo en tiempos de crisis, *por Mauricio Valiente Ots*..... 61

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

- La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ante la nueva Oficina Judicial, *por Augusto González Alonso* 73
– Instrumentos para el acceso de los ciudadanos a la Administración Electrónica, *por Rubén Martínez Gutiérrez* 103

SECCIÓN DE DERECHO DEPORTIVO

- Marco normativo del dopaje en el deporte: una visión general, con especial referencia a los procedimientos de control, *por Rafael Comino Ríos*..... 123

SECCIÓN DE DERECHO PROCESAL

- La nueva Oficina Judicial. Funcionamiento e implicaciones procesales, *por Manuel Caballero Bonald Campuzano* 155
– Cuestiones prácticas sobre el proceso monitorio, *por José A. Varela Agrelo* 173

– Algunas cuestiones sobre la prueba pericial en el proceso civil, <i>por Salvador Guerrero Palomares</i>	183
SECCIÓN DE DERECHO CONCURSAL	
– Algunas cuestiones prácticas del Procedimiento Concursal, <i>por Alfredo Elías Mondéjar</i>	199
TALLER TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (TAM)	
– Principales defectos del arbitraje interno en España, <i>por Ramón Pelayo Jiménez</i>	213
– El porqué y el para qué del arbitraje, <i>por Nielson Sánchez Stewart</i>	217
– Análisis de las principales causas por las que existe una tendencia a rechazar o a ignorar el arbitraje, <i>por Julio García Ramírez</i>	223
NOVEDADES JURISPRUDENCIALES	229
NOVEDADES LEGISLATIVAS	255
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS	259

sección de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-4212-2008
ISSN: 1889-5123
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Algunos apuntes sobre los
procedimientos en régimen de propiedad
horizontal

Alberto Torres López
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier abogado civilista que se precie ha intervenido en alguna ocasión en un procedimiento judicial sobre Comunidades de propietarios ya sea como letrado defendiendo los intereses de una u otra de las partes, ya sea como Presidente, demandante o demandado. Aun cuando no sea nuestra especialidad, es indudable que la mayoría vivimos en comunidad y los problemas de ésta nos afectan de alguna manera, requiriéndonos nuestra opinión o nuestra intervención directa como profesionales del derecho.

La concurrencia de un régimen jurídico sustantivo propio, constituido por la Ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal, y de una serie de importantes especialidades procesales, dotan a estos procedimientos de una sustantividad propia que aconsejan una cierta cautela a todos aquellos letrados que se ven inmersos ocasionalmente en ellos. De este modo no es difícil observar juicios monitorios que no prosperan por defectos puramente formales; errores en la forma de proponer la prueba que privan a la parte del testimonio del Presidente de la Comunidad de propietarios en el momento en que acontecieron los hechos; dudas que impiden en la ejecución de sentencias contra las Comunidades, etc.

La LEC 1/2000 vino a unificar y clarificar los distintos criterios que regían con la legislación procesal anterior. No obstante, la regulación actual es manifiestamente mejorable, resultando su principal escollo la reserva por razón de la materia que impone el art. 249.1.8º que en muchas ocasiones no se halla justificada y que implica que procedimientos de escasa cuantía se vean avocados a un largo e innecesario juicio declarativo ordinario.

La vigente legislación recoge cuatro tipos de procedimientos en esta materia. A saber: Un proceso tipo; consecuencia de la citada reserva procedimental que no es otro que el juicio declarativo ordinario y que obliga a que cualquier cuestión sobre Comunidades de propietarios que no sean de mera reclamación de cantidad se sustancien por sus trámites. Un proceso estrella; que es el juicio monitorio y que fue introducido en España precisamente por la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/1999 de 6 de abril, tras cuyo éxito se generalizó con la LEC 1/2000 a todo tipo de reclamaciones económicas. Un proceso residual; que es el juicio declarativo verbal y que, al menos en materia de propiedad horizontal, tiene escasa relevancia pues se circunscribe a los poco recomendables juicios sumarios para retener o recobrar la posesión o de suspensión de obra, así como también a reclamaciones de cantidad que queden fuera del ámbito del juicio monitorio. Y por último, un proceso que bien puede calificarse de peculiar o extravagante, como es el juicio de equidad, en el que el Tribunal pierde parte de su función jurisdiccional actuando como mero árbitro de determinados litigios en la Comunidad de propietarios.

II. EL JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO

1. Régimen legal

Como comentábamos con anterioridad, el art. 249 apartado 1, regla 8ª de la LEC establece que se decidirán en el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

La reserva por razón de la materia que impone la ley procesal resulta un sin sentido. Obliga a tramitar por este tipo de procedimientos cuestiones nimias, como pueden ser por ejemplo la retirada de un simple toldo cuyo coste, que determinaría la cuantía del procedimiento, no superaría los cien euros. La profusa regulación que introdujo la LEC para la determinación de la cuantía de los procesos judiciales, así como su obligatoria fijación que establece el art. 253, dejan escaso margen a los procesos de cuantía indeterminada, pero esto no es óbice para que la mayoría de las habituales impugnaciones de acuerdos de las Juntas, sean de cuantía indeterminada no obstante el empeño de algunos juzgados en exigir su determinación.

Por lo tanto, muchas de las cuestiones que se suscitan en una Comunidad de propietarios, podrían perfectamente resolverse a través de un proceso mucho más ágil y rápido como es el juicio verbal. En cualquier caso, todo queda en la constatación de lo que podría ser de *lege ferenda* una necesaria reforma en estas cuestiones, pues actualmente se impone la referida reserva por razón de la materia.

2. Algunos supuestos

La circunstancia de que “todo”, salvo las reclamaciones de cantidad, deba tramitarse por el juicio declarativo ordinario, no priva a estos procesos de una serie de peculiaridades, según la cuestión que se debata en cada uno de ellos, que siempre deben tenerse en consideración. Consecuencia de ello vamos a traer a colación algunos ejemplos de juicios típicos en materia de propiedad horizontal que en cada caso merecen un breve comentario:

– **Impugnación o modificación del Título constitutivo o de los Estatutos de la Comunidad.**– Un claro ejemplo lo encontramos en aquellos supuestos en los que es la propia Comunidad la que pretende modificar el Título Constitutivo o los Estatutos que le han sido impuestos por la sociedad promotora de las viviendas.

De este modo, es muy amplia la jurisprudencia de nuestros tribunales que determina la nulidad de cláusulas por ser consideradas abusivas, ya sea por ejemplo porque se reserven facultades sobre elementos comunes, o una participación inferior en los gastos que corresponden a todos los comuneros. No obstante, la declaración de nulidad no es automática como lo demuestran recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo¹.

¹ No obstante la STS de 14 de diciembre de 2005 otorga validez a la norma de regulación de la Comunidad que establece la contribución a los gastos de las fincas propiedad de la constructora en un 25% de su cuota si se dan una serie de requisitos: “...en el presente caso hay que concretar que la norma novena cuya nulidad se pretende establece que las fincas privativas de la entidad “Constructora Socas Fuentes, S.A.” cuando se encuentren desocupadas y previo el cumplimiento de unos requisitos formales para con la Comunidad, contribuirán al sostenimiento de los gastos comunes en un 25% del que correspondería a su cuota en la Comunidad, de ello se deriva que esa rebaja no es en todo caso, pues en ausencia de los requisitos exigidos para ello la contribución será al 100%. Por ello no se puede hablar, en este caso concreto, de abuso o de cláusula abusiva. Esta última razón es suficiente para que no pueda entrar en juego el artículo 10-2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio —norma vigente en el momento de los hechos— ya que no se puede hablar como exige tal precepto de la existencia de un desequilibrio grave y permanente entre las partes de esta contienda judicial...”. A su vez la STS de 21 de marzo de 2007 estima que no es nula la cláusula estatutaria por la que la promotora, que fue quien redactó los Estatutos, se reserva una serie de derechos, al ser conocidos y aceptados por los adquirentes.

La cuestión que se plantea es si la Comunidad de propietarios, como ya hemos comentado en alguna otra ocasión², por sí sola, tiene acción para instar la nulidad de aquellas, es decir, si tiene la consideración de consumidor o usuarios, o por el contrario esta condición sólo puede recaer en cada uno de los comuneros, individualmente considerados, que son los que han adquirido las viviendas, pues aquella como tal, carece de personalidad jurídica.

El punto de partida debe ser si los Estatutos de una Comunidad redactados por el promotor, están o no protegidos por la normativa sobre consumidores y usuarios. CARRANCHO HERRERO³ así lo considera en todos aquellos casos en los que el contrato no solo los incorpora, sino que hace referencia a ellos, o con una u otra fórmula, aluden a que el comprador aprueba los estatutos que ha propuesto el vendedor. Estos supuestos implican, para la citada autora, que el adquirente no interviene en la elaboración del contenido de los estatutos, sino que se limita a adherirse, por lo que se trata de contratos de adhesión sujetos a condiciones generales de la contratación.

En consecuencia, aun cuando no deja de resultar una interpretación forzada de la legislación vigente, la extensión al Título constitutivo o a los Estatutos redactados unilateralmente por el promotor de la protección de la normativa sobre consumidores y usuarios, debe otorgar legitimación a las Comunidades de propietarios para proceder a su impugnación al amparo de tal normativa, pues en definitiva se está viendo afecto su propio marco normativo.

Mayor dificultad tendrán aquellos procesos en los que sea un propietario el que, considerando que tiene un coeficiente de participación en los gastos comunes superior al resto, pretende su modificación. En la mayoría de los casos nuestra misión como Letrados será convencer al citado propietario de que desista de su pretensión pues a no ser que no hallemos ante un supuesto flagrante, siempre debe tenerse en cuenta que se parte del criterio poco objetivo que impone el art. 5 de la LPH pues para la fijación de las cuotas se toma como base no sólo la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, sino también otras circunstancias como son su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes, pero es que en cualquier caso debe partirse de dos importantes premisas; por un lado, de que va a ser imprescindible la elaboración de un costoso dictamen pericial, y por otro, que además al tratarse de una modificación del Título constitutivo que afecta al resto de comuneros, todos ellos van a tener que ser demandados⁴, con la complejidad que ello trae consigo a todos los efectos.

² Así en la Ponencia "La protección del comprador de la vivienda en los momentos previos a la consumación del contrato" impartida en el CGPJ en las jornadas sobre "El Derecho Privado en contextos de crisis. La protección del patrimonio familiar" del 20 al 22 de abril de 2009.

³ CARRANCHO HERRERO, TERESA. "La validez de las cláusulas estatutarias impuestas por el propietario único en la venta de viviendas". Cuademo Jurídico PH nº. 300. Ed. Sepin 2009.

⁴ Así lo indica con toda claridad la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales. Entre otras la AP Almería, Sec. 3.ª, 81/2008, de 28 de abril (SP/SENT/169762); AP Valencia, Sec. 7.ª, 328/2007, de 29 de mayo (SP/SENT/105619); AP Madrid, Sec. 13.ª, de 20 de diciembre de 2006 (SP/SENT/105619). Concretamente esta última señala: "...En el presente caso los actores han dirigido la demanda frente a la Comunidad de Propietarios en la persona de su presidente, que si bien, según el artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, ostenta legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, solo ha de entenderse conferida para todos los asuntos que la afecten, pero no para aquellos otros que únicamente atañen a los propietarios que la integran, como ocurre cuando lo que se pretende es modificar la cuota de participación que le corresponde a cada piso o local que, como aquí ocurre, es la

– **Obras incontestadas.**– Los arts. 7.1 y 12 de la LPH son los que impiden ejecutar obras que afecten a elementos comunes o que afectando a elementos privativos menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudiquen los derechos de otro propietario.

Dos son los conceptos básicos siempre recurrentes en este tipo de procesos judiciales; los ejemplos precedentes y el consentimiento tácito.

El primero significa que no puede pretenderse demandar a un comunero por determinadas obras que haya ejecutado cuando existen otros que anterioridad han realizado otras similares. Lo contrario implicaría un tratamiento discriminatorio y un ejercicio abusivo del derecho por parte de la Comunidad de propietarios. La cuestión radica en acreditar la similitud entre unas y otras obras ejecutadas, punto sobre el que girará el procedimiento debiendo utilizarse al efecto los correspondientes informes periciales que prueben dicha identidad⁵.

El punto discordante en esta consolidada teoría lo encontramos en sendas sentencia del Tribunal Supremo TS, Sala 1.ª, 1139/2004, de 3 de diciembre (SP/SENT/63481) y TS, Sala 1.ª, 1094/2004, de 16 de noviembre (SP/SENT/63082) que permiten volver al sistema de reparto de los gastos de comunidad fijado en los estatutos cuando durante años se había efectuado por acuerdo de todos los comuneros por partes iguales.

El segundo concepto al que nos referíamos, implica una actitud pasiva por parte de la Comunidad que durante un largo periodo no ha adoptado ninguna medida contra el comunero que ha ejecutado determinadas obras ilegales, implicando ello un consentimiento tácito a las mismas. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁶ ha venido considerando que

de contribución a los gastos generales del inmueble (artículo 9.1.e), lo que puede ser gravoso para ellos en el supuesto, también concurrente, de que a resultas de la modificación instada se incremente la cuota de los restantes propietarios en beneficio de la hasta ahora fijada para los demandantes, que disminuye. En cualquier caso, no puede establecerse una cuota para cada piso o local sin oír a los propietarios afectados ni someter a la debida contradicción las bases establecidas en la Ley que, en consideración a las características de aquellos, deben valorarse y ponderarse al efecto. Así pues, al concernir directamente a los propietarios la acción ejercitada, todos ellos debieron ser llamados al litigio, como así se hizo en el intentado acto de conciliación, mas los demandantes, tanto por comodidad como por realizar una interpretación torcida de la representación atribuida del presidente de la Comunidad de propietarios, que manifestó estar capacitado para representarlos en el acto de conciliación, mas no en el pleito ulterior, solo dirigió la demanda contra la Comunidad de Propietarios, quedando, por tanto, mal constituida la relación jurídica procesal que adolece del vicio denunciado al contestar a la demanda y ahora en el recurso que, no obstante, como ha quedado expuesto, puede acogerse de oficio por el Tribunal..."

⁵ El Tribunal Supremo es claro al rechazar la teoría de los ejemplos precedentes cuando no ha podido acreditarse debidamente la similitud entre unos y otros. Así TS, Sala Primera, de lo Civil, 127/2006, de 15 de febrero (SP/SENT/82378) o en TS, Sala Primera, de lo Civil, 1088/2001, de 22 de noviembre (SP/SENT/31197).

⁶ Especial relevancia tiene la reciente TS, Sala Primera, de lo Civil, 564/2009, de 16 de julio (SP/SENT/469958) que señala "...La Sentencia recurrida ha considerado probado que la demandada llevó a cabo unas obras consistentes en el cerramiento de un patio interior, siendo que, refiriéndose únicamente a la ampliación de la cocina, ésta ha podido ejecutarse en un periodo inferior a 15 años, aunque sin fijar con precisión su antigüedad. No contradice la Audiencia el hecho de que el cierre del patio tuviera la antigüedad indicada por el Juzgado de Primera Instancia, que la fijaba en torno a unos 20 años. De esta manera, a pesar de que no quepa duda alguna de que las obras realizadas por la parte demandada afectan a un elemento común del edificio, por lo que exijan para su ejecución el consentimiento unánime de los propietarios manifestado en la correspondiente Junta (artículos 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal)

cuando se llevan a cabo obras en elementos comunes por un propietario, es necesario que la Comunidad haga constar su oposición y actúe en consecuencia dentro de un plazo prudencial que desde luego no supere los 15 años que para la prescripción de las acciones personales impone el art. 1.964 del Código Civil. Es más, no hace falta que transcurra dicho plazo, pues con mucho menos tiempo si la obra es conocida y está a la vista, el silencio de la Comunidad implicará otorgado el indicado consentimiento tácito. Ésta no puede hacer dejación de sus derechos cuando de elementos comunes se trata permitiendo que un tercero los utilice para su propio interés, ya que la situación será irreversible si deja transcurrir un tiempo prudencial. Por lo tanto, al no establecerse cuál es este plazo exacto, habrá que valorar necesariamente la actuación de la Comunidad en cada caso.

– Actividades contrarias a los Estatutos, que resulten dañosas o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.– Es el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, el que determina que el propietario u ocupante de un piso o local no puede desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los Estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, estableciendo las sanciones y trámites a seguir en caso de infracción.

De nuevo nos encontramos ante un conflicto habitual en las Comunidades de propietarios, originados entre otros muchos ejemplos por aparatos de aire acondicionado que superan los decibelios legalmente permitidos, locales de copas, viviendas ocupadas por estudiantes ruidosos o por inmigrantes que en número desproporcionado a la superficie del inmueble constituyen las conocidas como “viviendas patera”. Los tribunales son especialmente rigurosos a la hora de estimar este tipo de demandas puesto que no hemos de olvidar que pueden implicar nada menos que la privación del uso de una propiedad privada o, en otro caso, la resolución del contrato por el que se ocupe la vivienda o el local.

En cualquier caso exigen como presupuestos básicos, el acuerdo de la Junta y el requerimiento previo efectuado por ésta al causante de las actividades perseguidas, aún cuando no esté de más efectuarlo también al propietario de la vivienda o local cuando no coincidan uno y otro.

Debe igualmente partirse de la premisa de que dichas actividades deben llevar aparejada la infracción de algún tipo de norma, ya se la Ley 37/2003, de 17 de noviembre del Ruido y normativa posterior que desarrolla la misma, así como también la autonómica o local correspondiente, o cualquier otra que lleve implícita alguna de las actividades descritas.

Las acciones de la Comunidad no tienen porque limitarse solamente a la vía civil, sino que pueden ejercitarse en la jurisdicción contencioso administrativa e incluso en la penal.

tal), resulta claro en este caso que ello fue advertido y tolerado por la parte actora y por la Comunidad de Propietarios y, por consiguiente, tácitamente consentido, pues el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación, como precisan, entre otras, las Sentencias de esta Sala de fecha 23 de octubre y 5 de noviembre de 2008. En el caso de autos, se aceptó desde su inicio el cerramiento del patio ejecutado por el demandado, sin que durante un largo período de tiempo se hubiera verificado impugnación alguna, lo que permite considerar la existencia de un consentimiento tácito y, por ende, conduce a la estimación del recurso de casación...”. En el mismo sentido se pronuncia TS, Sala Primera, de lo Civil, 5-11-2008 (SP/SENT/427061) o el TS, Sala Primera, de lo Civil, 23-10-2008 (SP/SENT/183827).

De este modo el TSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4.ª, 43/2006, de 20 de enero (SP/SENT/82357) condena a un Ayuntamiento a indemnizar a un propietario por la pasividad mostrada ante las numerosas denuncias, consintiendo así la contaminación acústica o el TSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3.ª, de 21 de diciembre de 2005 (SP/SENT/79845), en similares términos valora el perjuicio moral originado por igual pasividad de otro Ayuntamiento. En la vía penal el TS, Sala Segunda, de lo Penal, de 27 de abril de 2007 (SP/SENT/107881) condena al titular de un restaurante por un delito contra el medio ambiente por los ruidos generados por el establecimiento, señalando que aunque las mediciones de los niveles de ruido se produjeran en horarios concretos se presume que la intensidad de los mismos se mantenía durante toda el período de la actividad del restaurante, constando la relación de causalidad entre la prolongada exposición a altos niveles de ruido y el riesgo de grave perjuicio para la salud.

– División, agrupación o segregación de pisos o locales.– Debe distinguirse según las mismas sean materiales o jurídicas. Las primeras, pueden realizarse perfectamente siempre que no afecten a elementos comunes, como por ejemplo el forjado que separa una planta de un inmueble de otra; las segundas, requerirán el consentimiento unánime de la Comunidad conforme a lo dispuesto en el art. 8 de la LPH al implicar la modificación del Título constitutivo.

La época del *boom* inmobiliario ha multiplicado el número de procedimientos judiciales contra pequeñas promotoras que adquirían viviendas de grandes dimensiones para transformarlas en varios apartamentos rentabilizando así su inversión, ante la oposición de la Comunidad que ve como su inmueble pierde cierto *status* al verse incrementado el número de propietarios.

La cuestión se plantea cuando en el Título se concede aquellas facultades para llevar a cabo dichas operaciones, con el consiguiente cambio de coeficientes de la propiedad dividida o agrupada, pues una línea de la jurisprudencia entiende que no hay problema y otra, que el citado art. 8 es de derecho necesario y es nula la previsión estatutaria. De este modo, exige el acuerdo previo de la Comunidad la sentencia del TS 543/2002, de 30 de mayo (SP/SENT/37630), por el contrario se muestra favorable a la validez de la cláusula estatutaria la del TS 281/2003, de 24 de marzo (SP/SENT/42628). La sentencia del TS 370/2006, de 6 de abril (SP/SENT/87050) lo autoriza pero teniendo en cuenta que en el supuesto planteado no se producía alteración de las cuotas.

– Autorización judicial para el acceso al piso o local.– Afortunadamente en nuestro ordenamiento jurídico el domicilio es inviolable como así impone el art. 18.2 de la Constitución. Sin embargo, esta inviolabilidad no justifica las dificultades que las Comunidades de propietarios encuentran para obtener la pertinente autorización judicial en determinadas situaciones de urgencia.

De poco vale que el art. 9.1 d) de la LPH imponga a todo comunero el deber de “Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.”, si por voluntad de incumplir con los preceptos legales señalados o incluso por imposibilidad del ocupante de la vivienda, la Comunidad no puede acceder a ella en supuestos de filtraciones de agua, riesgo de caída de objetos, acumulación de suciedad, de materiales peligrosos etc.

De este modo, se llega al absurdo de que la citada autorización exija acudir, consecuencia de la comentada reserva por razón de la materia que impone nuestra legislación procesal, al

correspondiente juicio declarativo ordinario, cuya duración puede prolongarse perfectamente más de un año. Su solicitud como medida cautelar en la propia demanda, o incluso con carácter previo a la misma, conforme a lo dispuesto en los arts. 726.2 y 727.11 de la LEC, no garantiza la necesaria actuación inmediata que la medida requiere en la mayoría de los casos.

– **Constitución de servidumbres.**– El concepto jurídico de servidumbre que como deber impone el art. 9.1 c) de la LPH a todo comunero para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el art. 17, teniendo derecho a que la Comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados, parece querer ser revisado por algunos Tribunales, sobre todo a efectos de facilitar la instalación de ascensores por las Comunidades de propietarios.

Sin embargo, estas servidumbres no pueden implicar la privación de una parte de la propiedad de un comunero, pues una cosa es tener que permitir la instalación de determinadas conducciones generales que es la finalidad que persigue la ley y otra muy distinta la privación que indicábamos que requeriría al amparo de lo dispuesto en el art. 11.3 de la LPH el consentimiento del propietario afectado. En el País Vasco algunos Ayuntamientos están aprobando Ordenanzas municipales que regulan la expropiación parcial de propiedades privadas con el objeto de facilitar la instalación de ascensores, lo que está llevando a que determinadas resoluciones de Tribunales de dicha Comunidad Autónoma, utilicen sin pudor este termino tan ajeno a la jurisdicción civil⁷.

– **Impugnación de acuerdos adoptados por la Comunidad.**– Que duda cabe que el procedimiento judicial por excelencia utilizado por los propietarios de las Comunidades, es aquel que tiene por objeto la impugnación de los acuerdos adoptados por aquella, cuando se dan alguno de los supuestos previstos en el art. 18 de la LPH.

Aún cuando resulte elemental, presupuesto básico para estas impugnaciones es que el comunero vote No, siendo desafortunada la expresión “*salvar el voto*” recogida en el apartado 2 del citado art. 18. En el caso de no haber asistido a la Junta, si se trata de acuerdos que requieran mayoría cualificada, es preciso entonces comunicar la oposición en el plazo de treinta días naturales a contar desde la notificación del acuerdo.

Como establece el apartado 3 la acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el art. 9 y para los demás, como hemos visto, desde la fecha de celebración de la Junta.

Deben tenerse claros conceptos tantas veces invocados; como nulidad o anulabilidad de los acuerdos. No obstante las dudas que se plantearon en el propio Tribunal Supremo en un principio, en la actualidad puede afirmarse con carácter general que solamente serán nulos de pleno derecho, y por lo tanto no sujetos a plazo de caducidad alguno, los acuerdos que

contravengan otras normas que no sean las recogidas en la propia LPH, mientras que todos los demás serán meramente anulables⁸.

– **Tercerías de mejor derecho.**– No obstante la grandilocuencia con la que en muchas ocasiones se pregona la preferencia de los créditos de las Comunidades de propietarios, lo cierto es que la práctica diaria nos muestra lo poco relevante que resulta la misma. El motivo fundamental no es otro, que el que dichas preferencias deban hacerse efectivas a través de estas tercerías de mejor derecho que se sustancian por los trámites del juicio declarativo ordinario conforme a lo dispuesto en el art. 617.1 de la LEC.

Debemos partir de la premisa de que los créditos a favor de las Comunidades de Propietarios derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales, son por regla general de escasa cuantía, máxime si la preferencia creditural solo opera por imperativo del art. 9.1 e) de la LPH, sobre las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior, por lo que resulta claro que en muchas ocasiones existe una desproporción evidente entre los medios necesarios a emplear y el fin que se persigue que es el cobro de cantidades de escasa importancia.

El primer punto perturbador en las tercerías de mejor derecho lo introducen los arts. 619.1 y 620.2 de la LEC, al establecer que no se hará entrega de cantidad alguna al tercerista sin haber antes satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas y gastos originados por las actuaciones llevadas a cabo a su instancia hasta la notificación de la demanda de tercería, lo que en el caso de las Comunidades de propietarios, dada su particular idiosincrasia y la dificultad de obtener recursos prácticamente anularia su ejercicio. Sin embargo consideramos que esto no puede significar que el tercerista deba adelantar dichas cantidades, sino que en base a lo dispuesto en el art. 616 debe sostenerse que será una vez depositadas las cantidades resultantes de la ejecución en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones cuando se reintegre al ejecutante las repetidas tres quintas partes adeudadas en concepto de costas, bien entendido que las dos quintas partes restantes le serán satisfechas del sobrante de las cantidades que se entreguen al tercerista.

En cualquier caso para que surja la tercería de mejor derecho es necesario que concurren un serie de presupuestos previos como son:

⁸ Concretamente la sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, 1099/2007, de 11 de octubre (SP/SENT/140072) con toda claridad indica: “... Es doctrina reiterada de esta Sala, que la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, distingue entre las ilegalidades de los acuerdos que infringen algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o los Estatutos de la respectiva Comunidad, que se encuentran sometidas al régimen de anulabilidad del artículo 16.4, y pueden ser sanadas por el transcurso del plazo de caducidad de treinta días, de aquellas otras que, por infringir cualquier otra norma imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención, o conculcar las reglas de la moral y el orden público, o implicar fraude de ley determinen su nulidad plena —Sentencias de 25 de enero y 30 de diciembre de 2005, por citar alguna de las más recientes—. Ello es así, ya que, los actos contrarios a la ley son nulos de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para su contravención, que es lo que precisamente hacia la regla cuarta del antiguo, y aplicable a este caso, artículo 16.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, que exigía la necesidad de impugnar contra las posibles infracciones de la Ley o los Estatutos, puesto que de otro modo, sería tanto como dejar ocioso el precepto legal —Sentencia de 28 de octubre de 2004, entre otras muchas—; sin que, por otro lado, la exigencia de unanimidad altere la necesidad de impugnación de los acuerdos ya que su falta únicamente dará lugar a la anulabilidad, pero no la nulidad de pleno derecho del acuerdo —Sentencias de 27 de mayo de 2002 y 2 de noviembre de 2004 —...”

⁷ Especialmente relevantes en este sentido son las sentencias A.P. Vizcaya. Sec. 4.ª 10-12-2001 (SP/SENT/35299); Sec 3.ª 16-1-2002 (SP/SENT/36051) y también de esta misma Sección de 31-5-2002 (SP/SENT/39404).

- La existencia de un crédito a favor de la Comunidad de propietarios que sea de los cualitativamente preferentes;
- Que concorra con otros créditos que tenga el mismo deudor.

A pesar de la clara diferencia conceptual, lo cierto es que la deficiente redacción del art. 9-1 e) de la LPH, induce en más de una ocasión a confusión. Dentro de su contenido normativo se distingue entre lo que es la afección real y la preferencia crediticia que se determina en favor de las Comunidades de Propietarios. La primera solo entra en juego cuando la propiedad del inmueble se transmite, cumpliendo entonces la función de vincular al nuevo propietario al abono de una parte de la deuda que pueda dejar insatisfecha el titular anterior y que, por ello mismo, no es deuda personal del adquirente. En cambio, el privilegio o preferencia, solamente entra en juego en aquellas contiendas en las que la Comunidad de propietarios, una vez reconocido su crédito, lo hace valer ante otros titulares de derechos de crédito que confluyen sobre el propio inmueble con el crédito comunitario. Ambas tienen como finalidad garantizar el cobro de los créditos existentes a favor de las Comunidades de propietarios, estando sujetas a igual límite temporal, es decir, a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y a la del año natural inmediatamente anterior. Sin embargo el *dies a quo* es distinto en ambos casos, consecuencia de que en primero se contabiliza desde la fecha de la presentación de la demanda, mientras que en el segundo la fecha a tener en cuenta, como dejó claro la reforma introducida por la Ley 8/99 de 6 de abril de la LPH, es la de la adquisición del inmueble.

III. EL JUICIO VERBAL

Escasa trascendencia tienen estos juicios en el régimen de propiedad horizontal, pues su presencia se reduce a las reclamaciones de cantidad que se efectúen a comuneros cuando por cualquier motivo no se utilice la vía del monitorio del art. 21 de la LPH y el importe de la reclamación no supere los 3.000€, siendo una previsión recogida en el propio art. 249.1.8º de la LEC; las reclamaciones que la Comunidad pueda efectuar contra terceros ajenos a la misma, siempre que no se supere el citado importe, al no regir la reserva por razón de la materia a favor del juicio declarativo ordinario; y los juicios verbales para retener o recobrar la posesión, la suspensión de una obra nueva o el derribo o demolición de cualquier otra obra, objeto etc., que amenace ruina o algún tipo de daño, que se contemplan en las reglas 4ª, 5ª y 6ª del art. 250.1 de la LEC.

Especial comentario merecen los tradicionalmente conocidos como interdictos. Generalmente resultan desaconsejables, pues no producen efectos de cosa juzgada conforme a lo dispuesto en el art. 447 de la LEC, lo que no garantiza por lo tanto el final de la controversia.

Los de naturaleza posesoria incluso ha sido discutida su viabilidad en determinados supuestos debido a que todo comunero tiene la posesión aún cuando no sea en exclusiva de los elementos comunes que hayan podido verse afectados. De este modo la sentencia de la AP Madrid, Sec. 12.ª, 828/2008, de 25 de noviembre (SP/SENT/441768) deniega legitimación a un comunero⁹ o la sentencia de la AP Sevilla, Sec. 5.ª, 82/2007, de 19 de febrero

⁹ Concretamente señala: "... No se puede desconocer la aproximación de la sentencia apelada a la reciente tesis jurisprudencial, que se manifiesta renuente a viabilidad de los interdictos entablados por el copropietario, frente a los acuerdos comunitarios en la propiedad horizontal, por cuanto aquel carece de

(SP/SENT/120620) a la propia Comunidad por considerar inadecuado el procedimiento. Sin embargo otras resoluciones como la sentencia de la AP Alicante, Sec. 6.ª, 273/2003, de 19 de mayo (SP/SENT/50451) la admiten plenamente.

Igual cuestionamiento se produce respecto de los de obra nueva en el caso de que se ejercite por un propietario contra la Comunidad, puesto que salvo que ésta actúe por la vía de hecho¹⁰, lo procedente es impugnar el acuerdo adoptado en el que se aprueba la ejecución de determinadas obras, para a continuación solicitar como medida cautelar la suspensión de las mismas conforme a lo dispuesto en el art. 18.4 de la LPH. En cualquier caso el inconveniente de este tipo de procedimientos radica en que en muchos casos la obra se habrá concluido cuando se notifique al ejecutante la orden de suspensión con el efecto consiguiente de la desestimación de la demanda y de la imposición de unas importantes costas.

IV. EL JUICIO MONITORIO

Este procedimiento fue introducido en España, precisamente en el régimen de propiedad horizontal, a través de la Ley de reforma 8/1999 de 6 de abril en su art. 21, generalizándose a casi todo tipo de reclamaciones de cantidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

Lo primero que debe indicarse respecto de este proceso regulado en el art. 21 de la LPH y en los arts. 812 y ss. de la LEC, es que tiene carácter postestativo, por lo que las Comunidades de propietarios no tienen ninguna obligación de acudir a esta modalidad de juicio, es más, carecerá de sentido hacerlo así cuando se tenga el convencimiento de que el demandado va a oponerse, pues lo único que se habrá conseguido es retrasar en parte el cobro de las cantidades reclamadas.

la posesión personal directa e inmediata de los bienes que se protege con los interdictos, pues, en cuanto condueño, la ejercita de forma participada y mediata, de modo que solo la Comunidad, como tal, está legitimada en la protección posesoria. Para esta corriente doctrinal es improsperable la demanda interdictal ejercitada individualmente, en tanto no se legitime la actitud de la demandante con el apoyo de otros comuneros, cuyas cuotas de participación sumen los porcentajes legalmente establecidos para impedir su eficacia, y, en este caso, tal conjunción de voluntades no se ha demostrado ni intentado siquiera, sin perjuicio, desde luego, de la eficacia de la acción declarativa que le otorga la ley (...). Si la finalidad expresa de tan sustancial reforma legislativa es impedir que la oposición de uno solo impida su aprobación, sería absurdo deducir que la acción individual sea prosperable por una vía procesal distinta y con unos efectos suspensivos aún más drásticos que los que se pretenden eludir con la reforma legal. Por ello se hace imprescindible la exigencia de una actuación conjunta de los disconformes con el acuerdo comunitario, acreditando que su porcentaje de participación es lo suficientemente consistente para determinar su inviabilidad, pues los efectos imperativos de la acción interdictal y la situación de mero hecho en que se desenvuelve, así lo exigen como garantía de los legítimos derechos de los restantes componentes de la comunidad, que ostentan la mayoría necesaria y legalmente reconocida para la defensa de sus intereses. Para esta corriente doctrinal el interdicto no puede sustraerse al entorno asambleario donde se desarrolla la vida social comunitaria, y se ha de someter al régimen ordinario de mayorías que implica su gestión democrática...".

¹⁰ La sentencia de la AP Tarragona, Sec. 3.ª, 207/2004, de 26 de mayo (SP/SENT/59768) considera válida la vía interdictal de suspensión de obras que afectan a elementos privativos, en el supuesto en el que existe un acuerdo para la instalación del ascensor pero no sobre forma realizarla.

1. Ventajas e inconvenientes

Tres son las grandes ventajas de este tipo de procedimiento: Que la competencia corresponde al Juzgado del lugar en el que radica la finca, que cabe instar el embargo preventivo del inmueble del deudor; y que cabe repercutir a éste parte de los gastos que haya originado su reclamación.

La referida a la competencia territorial supone una excepción a la regla general que impone como Tribunal competente el del domicilio o residencia del deudor y que es uno de los grandes inconvenientes del monitorio general, sin que sean de aplicación las normas sobre sumisión expresa o tácita. No obstante, conforme a lo dispuesto en el art. 813 de la LEC se trata de una facultad que se concede a las Comunidades de propietarios que podrán optar por presentar la demanda atendiendo a uno u otro criterio.

La posibilidad de instar el embargo preventivo del inmueble del deudor, produce un efecto mucho más beneficioso del que realmente demuestra la realidad de la medida adoptada. Pocas son las Comunidades que acaban haciendo efectiva la prioridad registral que atribuye el embargo, por los costes que toda ejecución conlleva, pero sin embargo pocos son a su vez los comuneros que se mantienen impasibles ante el hecho de que su inmueble se vea gravado en el Registro de la Propiedad, por lo que prefieren pagar las cantidades adeudadas antes que ver dicha "mancha" en su propiedad. El embargo debe ordenarse automáticamente, no obstante la reticencia de algunos Tribunales, y sin necesidad de prestar caución, a diferencia de otro tipo de medidas cautelares. Precisamente esta novedad introducida por la Ley 8/1999 sustituyó a las anotaciones preventivas de demanda que venían practicándose con anterioridad y que ahora ante este embargo preventivo, quedan en un segundo término.

La tercera ventaja viene impuesta por la circunstancia de que aún cuando no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador, van a poder reclamarse los honorarios y derechos de estos profesionales así como también los gastos del requerimiento previo de pago que se hubiese efectuado al deudor moroso.

Los inconvenientes son escasos. Los derivados de la necesidad de cumplir taxativamente con los presupuestos legalmente establecidos, algo que en ocasiones no es posible y obligará a acudir probablemente al juicio verbal, y la circunstancia ya comentada, de que en el caso de que se sepa que el deudor va a oponerse a la reclamación, resultará más rápido acudir al juicio declarativo que corresponda por razón de la cuantía que además no exigirá el corsé que impone al monitorio especial de propiedad horizontal.

2. Requisitos específicos

– *Previos a la demanda:* Con anterioridad a la reclamación al propietario moroso es necesario que la Comunidad de propietarios haya aprobado en Junta la liquidación de la deuda y, en segundo término, que ésta le haya sido notificada a aquél.

El acuerdo no es suficiente con que contenga sin más la cantidad que un propietario adeuda, sino que debe contener su liquidación de la cual deriva la deuda¹¹. Es decir, cuanto menos

¹¹ Así las sentencias de la AP Alicante, Sec. 5.ª 270/2007, de 13 de septiembre (SP/SENT/142162) establece que: "... tampoco puede considerarse suficiente la aprobación en Junta comunitaria de la liquidación de la deuda, porque en la que se basa la demanda tampoco se especifican las distintas partidas que corresponden al local de la demandada. En este sentido, resulta de aplicación el criterio de esta Sección

debe señalarse con precisión las mensualidades o anualidades, los importes adeudados por cada una de ellas y los conceptos que las integran.

La notificación de la deuda se efectúa a veces a los deudores de forma reiterada e innecesaria, siempre con la esperanza de evitar la reclamación judicial. De este modo no es extraño ver como en ocasiones se realiza en primer término a través del buzono tradicional como a los demás propietarios; a continuación por medio de buro-fax remitido por el Administrador que contiene la certificación de la deuda con el visto bueno del Presidente, e incluso en tercer término por el Letrado que va a dirigir la reclamación judicial. Que duda cabe que con la segunda de éstas es más que suficiente.

En cualquier caso debe reconocerse que estas notificaciones suelen ser harto conflictivas. El art. 21.2 de la LPH exige que las mismas se efectúen de la forma prevenida en el art. 9 y concretamente conforme a lo dispuesto en el art. 9.1 h) de la LPH, todo propietario tiene como obligación fijar un domicilio en España a los efectos de notificaciones que será en el que se efectuarán las mismas y que en su defecto se harán en el propio piso o local de la finca, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante de la vivienda o local. Es sólo cuando resulte imposible practicarlas de esta forma cuando la ley autoriza efectuarlas en el tablón de anuncios de la Comunidad con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de Secretario de la Comunidad, con el visto bueno del Presidente, produciendo plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales.

El problema como tantas veces es de prueba, pues a pesar de que la ley no exige fehaciencia, no cabe duda de que cuando dicha notificación sea previa a una reclamación judicial, será conveniente que se utilice la vía del buro-fax o carta por conducto notarial, cuyos importes además, podrán reclamarse con posterioridad en la correspondiente demanda¹². Pero

de que la mera aprobación del acuerdo liquidatorio no convierte en indiscutible la cantidad señalada en el mismo (sentencias de 15 de marzo de 2006 y 31 de enero de 2007), concretándose la posibilidad de discutir, sin impugnación previa, el concreto importe reclamado en virtud de un acuerdo liquidatorio de las cantidades debidas en virtud de la obligación que a los comuneros impone el artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, y en varias resoluciones se han desestimado las demandas de la Comunidad cuando esta no ha conseguido acreditar la procedencia de la deuda reclamada: así, la sentencia de 23 de noviembre de 2004, argumenta que la mera constancia en una Junta del importe que se dice adeudado determinado propietario no es suficiente para que de manera automática se condene al mismo, pues se puede originar indefensión a la demandada..." y de la AP Zaragoza, Sec. 4.ª, 281/2006, de 5 de mayo (SP/SENT/94183) señala: "... En definitiva que por una parte el acuerdo en el que se decide reclamar judicialmente una deuda y su importe no contiene una verdadera liquidación de la deuda, que hubiera exigido precisión de anualidades, importes adeudados y en su caso abonadas en cada una de ellas, conceptos que la integran, de la que se pueda entender que constituyendo una verdadera liquidación en tanto no se impugne es ejecutiva. Pues no siéndolo, que no lo es, mal puede el comunero alzarse judicialmente contra la misma..."

¹² En este punto es importante tener en cuenta que alguna jurisprudencia ha puesto en entredicho que la declaración del Administrador sea suficiente para acreditar efectuada la repetida notificación. De este modo la AP Cantabria, Sec. 3.ª, 315/2005, de 22 de septiembre (SP/SENT/76646) indica: "... No ha probado la Comunidad que el acta de la Junta se le hiciera saber al demandado en su domicilio. No es desde luego admisible que sea la demandada la que pruebe que no lo recibió, pues no es posible la prueba negativa. La prueba que se pretende hacer valer por la actora es la declaración del administrador. La Audiencia Provincial de Cantabria en su sentencia de 4 de junio de 2003, mantiene que estas declaraciones suelen tener poca credibilidad por que el profesional que estaba encargado de hacer la notificación

es que aún cuando se efectúe de esta forma en muchas ocasiones el propietario se niega a recibir el mismo, siendo sin embargo suficiente con acreditar haber remitido el mismo, pues la pasividad del deudor no puede perjudicar la acción de la Comunidad.

– *De la propia demanda:* En ésta deberá acreditarse el cumplimiento de los presupuestos anteriormente comentados: el acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda, a través de la Certificación expedida por el Secretario con el visto bueno del Presidente; y la notificación del acuerdo, generalmente por medio de la certificación de texto y acuse de recibo emitidos por la Oficina de Correos. La Certificación del acuerdo de la Junta, al igual que éste, no debe limitarse a recoger el importe de la deuda, sino que debe contener la liquidación de la deuda con los detalles fundamentales que permitan determinar su origen.

Cumplidos estos dos presupuestos obligatorios, los demás tienen carácter potestativo y entran dentro de lo que son las comentadas ventajas de este procedimiento, como son la competencia territorial del Juzgado del lugar en el que radica la finca conforme a lo establecido en el art. 813 de la LEC; el embargo preventivo de bienes suficientes del deudor para hacer frente a la cantidad reclamada, los intereses y las costas, que se decretará por el Tribunal sin necesidad de que el acreedor preste caución, sin perjuicio de que aquél pueda enervar el embargo prestando aval bancario por la cuantía por la que hubiese sido decretado; y por último, la posibilidad de añadir a la deuda los gastos del requerimiento previo de pago, siempre que conste documentalmente la realización de éste, y se acompañe su justificante.

La demanda se dirigirá contra el propietario moroso, sin embargo no debe olvidarse que con arreglo a lo dispuesto en el art. 21.4 de la LPH, cuando el propietario anterior de la vivienda o local deba responder solidariamente del pago de la deuda, esto es cuando haya incumplido la obligación impuesta por el art. 9.1 i) de comunicar el cambio de titularidad dominical de aquél, se dirija contra él la petición inicial, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el actual propietario. Asimismo se podrá dirigir la reclamación contra el titular registral, que gozará de igual derecho de repetición. En todos estos casos, la petición inicial podrá formularse contra cualquiera de los obligados o contra todos ellos conjuntamente.

Frente alguna resolución que considera que el titular registral sólo puede ser demandado si es el deudor real, la mayoría de las Audiencias Provinciales admiten que pueda serlo, aún cuando notificara oportunamente el cambio de titularidad dominical y cumpliera por lo tanto con los presupuestos legalmente establecidos, pero a los solos efectos de facilitar la ejecución de la deuda sobre la propiedad inscrita en el Registro¹³.

tiene especial interés en declarar de forma que no aparezca un incumplimiento. Pero es que además lo único que podría en su caso testimoniar, pues es en lo que participa directamente, es que mandó hacer la notificación al conserje, pero no que se recibiera, pues pueden ocurrir muchos eventos que lo impidan ajenos a su actuación y conocimiento. La citación es recepticia y por ello lo que importa que se pruebe no es que se enviara, sino que llegara a poder de su destinatario. Este carácter se desprende de las restantes obligaciones que impone el propio artículo 9, ya que si permite pasar a los otros medios de notificación es cuando haya constancia de que ha sido imposible que se notificara por el primero. Nunca sería imposible la remisión de una carta, por lo que resulta evidente que lo que la ley quiere es que se acredite la recepción o la imposibilidad de entregarla...".

¹³ De este modo la AP Madrid, Sec. 13.ª, 411/2007, de 17 de septiembre (SP/SENT/145145) corrobora como "... el artículo 21.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, no en la redacción que se transcribe en la sentencia, sino en la actualmente vigente que le dio la Ley 1/2000, dice: "Cuando el propietario anterior de la vivienda o local deba responder solidariamente del pago de la deuda, podrá dirigirse contra él la petición inicial, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el actual propietario. Asimismo, se podrá dirigir

3. Requisitos generales

Son los propios de todo proceso monitorio contenidos en los art. 812 y ss. de la LEC. Resumiendo brevemente estos preceptos indicaremos que una vez presentada la demanda, bastarán incluso los nunca recomendables impresos formularios a que se refiere el art. 814, el Tribunal examinará que la petición reúne los requisitos de admisión, requiriendo a continuación al deudor para que en el plazo de veinte días pague o se oponga como prevé el art. 815. Es importante tener en cuenta que a efectos de este requerimiento efectuado por el Juzgado, como excepción a la regla general que se establece para los monitorios, el art. 815.2 remite al art. 164 permitiendo por lo tanto la notificación por edictos.

Si el deudor, debidamente citado y requerido, no comparece en el plazo mencionado de veinte días, a tenor de lo dispuesto en el art. 816, se despachará ejecución de acuerdo con lo establecido en las reglas generales contenidas en los arts. 517 y ss., aún cuando algunos Juzgados de forma irregular exijan la presentación de demanda ejecutiva. El proceso cumple de verdad con sus previsiones cuando el deudor paga, respondiendo al requerimiento, pues entonces, acreditado el hecho, se le hará entrega del justificante oportuno y se archivarán las actuaciones. Como el art. 817 no establece ningún sistema específico, valdrá con que se deposite el dinero en el Juzgado o incluso se pague directamente a la Comunidad.

La oposición del deudor como impone el art. 818, tendrá que hacerse en el plazo de veinte días, Aún cuando los Juzgados sean muy flexibles en este punto puesto que la Ley nada dice es evidente que "hay que decir algo". Si la reclamación no es superior a 3.000€, el Juez procederá de inmediato a convocar el oportuno juicio verbal, mientras que si excede de dicho importe dará traslado al actor, quien deberá presentar la demanda de juicio ordinario en el plazo de un mes, rigiéndose ya por los trámites de los arts. 399 y ss. Si no lo hace, las actuaciones serán sobreseídas y se condenará en costas al peticionario, que naturalmente incluirán la minuta y honorarios del abogado y procurador.

En muchas ocasiones se cuestiona si realmente resulta procedente la oposición por parte del propietario moroso que no impugnó en tiempo y forma el acuerdo de la Comunidad que aprobaba la liquidación de la deuda. De este modo aún cuando como regla general la falta de impugnación de los acuerdos puede ser suficiente para acreditar la deuda reclamada (así la sentencia de la AP Madrid, Sec. 20.ª, 85/2008, de 22 de enero —SP/SENT/159208—), no obstante la AP Navarra, Sec. 1.ª, 19/2009, de 30 de enero (SP/SENT/450356) deja patente que aunque no se haya impugnado el acuerdo liquidando la deuda cabe probar por el moroso errores en la misma al haber hecho pagos que no fueron computados o la AP Alicante, Sec. 5.ª, 2/2008, de 9 de enero (SP/SENT/160695) afirma que no es necesaria impugnación cuando es patente la falta de procedencia de lo reclamado.

la reclamación contra el titular registral, que gozará del mismo derecho mencionado anteriormente". Es más, aunque el titular registral haya notificado la transmisión a la Comunidad, mientras que el actual no haya inscrito el derecho dominical adquirido, sigue ostentando legitimación (que no responsabilidad) para ser demandado, si bien limitada a los solos fines de que pueda ser trabado el embargo del piso o local...".

V. EL JUICIO DE EQUIDAD

De peculiar o extravagante calificábamos este proceso en el que el Juez actúa como árbitro y no propiamente investido de su función jurisdiccional, limitándose a suplir el acuerdo de la Comunidad. Su fundamento hay que buscarlo en el art. 3.2 del Código Civil que permite que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita, y concretamente materia de propiedad horizontal, la LPH lo autoriza en dos supuestos concretos.

El primero es el recogido en el art. 17.3, cuando no se logra el acuerdo de doble mayoría, de número y de cuotas de asistentes. Por lo tanto, sólo será posible en aquellos acuerdos que sean de mera administración, pero no sin embargo en aquellos otros que requieran mayorías cualificadas.

El segundo supuesto, previsto en el art. 13.2, concurre cuando existe oposición por algún comunero a su nombramiento como presidente de la Comunidad, en cuyo caso lógicamente deberán invocarse las razones que imposibilitan el ejercicio del cargo.

La ausencia de una regulación procesal específica plantea dudas sobre su naturaleza jurídica que trascienden a aspectos meramente prácticos como son por ejemplo la intervención de abogado y procurador o la posibilidad o no de recurso de apelación. No compartimos el criterio de aquellos que lo consideran como un acto de jurisdicción voluntaria puesto que concurren posiciones enfrentadas que lo alejan de dichas actuaciones. Tampoco cabe asimilarlo propiamente a un incidente por cuanto no guardan relación alguna con ningún proceso. Simplemente carecen de apoyo procesal específico lo que excluye la necesaria intervención de abogado y procurador¹⁴, bastando la presentación de un escrito en el que se acompañe el acta en la que figure el acuerdo imposible de adoptar o los motivos que impiden al designado como presidente ejercer su cargo.

La resolución dictada por el Juez no producirá efectos de cosa juzgada y tampoco será susceptible de recurso de apelación según viene entendiendo la mayoría de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales¹⁵. Realmente, en el caso de que se resuelva a favor de

¹⁴ El Auto de la AP Málaga, Sec. 6.ª, 285/2008, de 16 de octubre (SP/AUTRJ/451452) señala en este sentido que "... es lo cierto que no se impone la exigencia de intervención de los mencionados profesionales, ya que en este especial "juicio" introducido por la propia Ley de Propiedad Horizontal en su redacción original, son notas características del mismo que no se establece ningún procedimiento o cauce procesal específico para su tramitación, ni exige que su resolución se basa se en la aplicación de normas jurídicas sino, como su propio nombre indica, en la equidad del Juez de Primera Instancia, bastando con prestar audiencia a las partes implicadas, lo que no impone preceptivamente registrarse por las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la postulación procesal...".

¹⁵ En este sentido se pronuncian las sentencias de la AP A Coruña, Sec. 5.ª, 473/2007, de 13 de noviembre (SP/SENT/154712) o de la AP Baleares, Sec. 4.ª, 245/2006, de 9 de junio (SP/SENT/97084). La primera de ellas concretamente afirma: "... Sin embargo no es apelable la resolución de equidad que se ha adoptado, como ha sucedido en el presente asunto, concurriendo todos los requisitos formales, por cuanto, en primer lugar, lo único que ha hecho el Juez de Instancia, cumpliendo un mandato legal, es dictar una resolución que no es otra cosa que un acuerdo de la Junta de la Comunidad de Propietarios, con posibilidades de impugnación conforme al art. 18 de la LPH, y, en segundo lugar, puesto que dado el propio significado de la "equidad" no puede ser sustituida la del Juez de Primera Instancia por la de la Audiencia Provincial. Dicho lo que antecede y dado que esta Sección entiende que contra la resolución que dicte el juez en un juicio de equidad no cabe recurso de apelación, no ha lugar a examinar la cuestión de fondo resuelta equitativamente. En consecuencia, y dado que las causas de inadmisión son causas

la aprobación del acuerdo, nada impedirá que se impugne judicialmente el mismo acudiendo al correspondiente juicio declarativo ordinario.

En cuanto a las costas, es el art. 17.3º el que prevé el pronunciamiento sobre las mismas en este tipo de juicio, lo que como indica la SAP de Madrid, Sec. 9ª, de 14 de julio de 2006 (SP/SENT/102160), no significa que deba producirse su imposición automática, sin perjuicio de que al no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador escasa trascendencia traerán consigo.

VI. OTRAS CUESTIONES PROCESALES

Concluimos haciendo una breve mención a algunas cuestiones prácticas también de índole procesal que se suscitan con carácter general en los procesos que tiene por objeto cuestiones referentes a las Comunidades de propietarios.

1. Legitimación

Corresponde al Presidente, que es el representante legal, conforme a lo dispuesto en el art. 13.3 de la LPH. Dicha legitimación tiene su vez respaldo en el art. 7.6, de la LEC.

La jurisprudencia, mayoritariamente¹⁶, entiende que la legitimación del Presidente viene directamente de la Ley, sin que sea necesaria la autorización expresa de la Junta para actuar en juicio en defensa de los intereses comunes. En consecuencia, aunque siempre sea conveniente buscar el acuerdo interno, puede perfectamente el Presidente otorgar poderes y presentar la demanda o contestar la dirigida contra la Comunidad.

Durante el desarrollo del juicio debe tenerse siempre en cuenta que el Presidente deberá acreditar siempre su condición por medio del Libro de Actas de la Comunidad, así como también que el interrogatorio se efectuará al que sea Presidente en el momento en el que éste tenga lugar, aún cuando no coincida con el que lo era al tiempo de presentarse la demanda. Esto es importante, por cuanto en el momento de proponer los medios de prueba de los que la parte quiera hacerse valer en la audiencia previa, deberá solicitarse el interrogatorio de parte en la persona del Presidente de la Comunidad y para el caso de que no coincida con el actual que se interroge a éste como testigo por ser quien tiene perfecto conocimiento de los

de desestimación, procede desestimar el recurso interpuesto por Doña Paloma y Doña Valentina, sin perjuicio de lo que luego se dirá en relación con las costas...".

¹⁶ Así la AP Madrid, Sec. 10.ª, 567/2006, de 9 de octubre (SP/SENT/103150) que recoge a su vez jurisprudencia del Tribunal Supremo: "... El Presidente de la Comunidad por tanto, con la sola invocación de su carácter, aunque faltara la autorización de la Junta, que no es el caso, está suficientemente legitimado para el ejercicio de la acción emprendida porque actúa en defensa de los intereses comunes al amparo de lo dispuesto en el art.13 de la L.P.H. y por ello está investido para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la comunidad, no solo en lo que afecta a los elementos o intereses comunes sino también de los propietarios en particular, siendo para ello suficiente aducir el principio general de que su actuación en tal aspecto esta reportando indiscutibles beneficios a los comuneros, lo cual debe mantenerse salvo que exista una oposición expresa o formal a que en su nombre pudiese proyectar la defensa de esos intereses asumidos, tal y como lo declara una reiterada línea jurisprudencial que avala ese alcance total del mandato representativo del presidente de la comunidad en la L.P.H. (SSTS 20 mayo 84, 11 febrero 85, 30 octubre 86, 10 febrero y 1 y 17 de julio del 89, 26 noviembre 90, 18 marzo 92 y 3 marzo 95)...".

hechos. De no haberse efectuado así, aunque no es lo recomendable, siempre cabe aferrarse a la previsión del art. 308 de la LEC, proponiendo el día del juicio el entonces Presidente de la Comunidad que conteste también a la pregunta el que era Presidente a la fecha que acaecieron los hechos, aceptando las consecuencias de la declaración.

La legitimación también puede corresponder al Administrador de la Comunidad aunque aquí hay precisar que sólo será posible en los juicios de reclamación de morosos, a tenor del art. 21 de la LPH, siempre además que lo haya acordado previamente la Junta de Propietarios. La cuestión a discernir es si la capacidad procesal del Administrador se amplía en caso de oposición por transformación del proceso, siendo más que dudosa en el caso de transformación en juicio ordinario, aún cuando nos inclinamos por la postura favorable ya que al fin y al cabo la atribución de esta legitimación se le otorga en el art. 21.1 y aún cuando se diga que es "a través del proceso monitorio" el posterior procedimiento tiene su origen en la primigenia reclamación.

Otra cuestión que se plantea regularmente en materia de legitimación es si puede un comunero actuar en interés de la Comunidad cuando no lo hace ésta. A pesar de que el art. 7.6 de la LEC atribuye la representación en las entidades sin personalidad a quienes actúen en su nombre frente a terceros y que cualquier comunero puede perfectamente instar que una determinada cuestión se incluya en el Orden del día para luego impugnar en su caso el correspondiente acuerdo, la realidad es que nos encontramos ante una situación de comunidad en la que por aplicación de las reglas generales contenidas en el Código Civil, cualquier comunero puede actuar frente a terceros en defensa de sus intereses y por derivación de los propios de la Comunidad en la que se integra¹⁷.

2. Cuantía

Aún cuando nos hallemos ante procesos en los que existe reserva por razón de la materia, salvo que se trate de reclamaciones de cantidad, en los que la fijación de la cuantía por lo tanto es muy relativa, lo cierto es que el art. 253 de la LEC impone la necesidad de fijar la misma de acuerdo a las reglas contenidas en los arts. 251 y 252. En cualquier caso, no obstante la tendencia a acudir a la cuantía indeterminada, lo cierto es que muchos Tribunales son especialmente rigurosos en este punto exigiendo su fijación aún cuando esta resulte especialmente compleja.

¹⁷ Se hace eco de ello recogiendo reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la sentencia de la AP Soria, Sec. 1.ª, 112/2009, de 10 de junio (SP/SENT/467147): "... Comenzando por la legitimación del actor para entablar la acción que se examina, la Ley de Propiedad Horizontal, en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, instauró la figura del presidente, a quien, a pesar de no ser la comunidad persona jurídica, le atribuye la representación y defensa de intereses comunes. Al presidente, además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha extendido sus facultades a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen; sólo así se evitan procesos con innumerables personas a todas las cuales puede representar el Presidente; pero también el Tribunal Supremo ha reiterado (Sentencias, entre otras, 3-2-1983, 23-11-1984, 12-2-1986, 7-12-1987 y 9-2-1987) que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares. Defensa que puede producirse por propia decisión de los comuneros para suplir la desidia del presidente o de los demás comuneros e incluso cuando sean éstos contrarios al litigio."

De este modo hay supuestos relativamente claros como pueden ser por ejemplo la ejecución de determinadas obras, en cuyo caso habrá que estar al importe de las mismas; o el derribo de construcciones y su restitución a su estado primitivo, supuestos en los cuales la cuantía vendrá determinada por el coste del derribo y de su reposición. Otros sin embargo son más difíciles de cuantificar, como aquellos que hagan referencia a servidumbres pues existe una regla específica en el art. 251.5ª de complicada aplicación, y otros muchos en los que realmente resulta imposible, como son los que tienen por objeto la cesación de actividades del art. 7.2 de la LPH, en los cuales se impondrá la cuantía indeterminada, salvo que lleve aparejada la resolución de un contrato de arrendamiento en cuyo caso habrá que estar al valor de éste.

El resto de procedimientos que tengan por objeto la impugnación de acuerdos de tipo declarativo, en la mayoría de los casos nos hallaremos también ante una cuantía indeterminada, salvo que haya un interés económico concreto sobre presupuestos, derramas o cuotas de gastos de importe concreto.

3. Intervención de abogado y procurador y costas

Con carácter general puede afirmarse que es preceptiva la intervención de abogado y procurador en todos los juicios declarativos ordinarios y en los verbales cuya cuantía supere los 900€ a tenor de lo dispuesto en los arts. 23 y 31 de la LEC. Tampoco lo es en los monitorios.

En cuanto a las costas procesales aquellos profesionales sólo podrán incluir sus minutas y cuentas en la tasación de costas cuando su intervención sea preceptiva salvo que nos hallemos antes alguna de las dos excepciones del art. 32.5 de la LEC, es decir, cuando haya declaración de temeridad o cuando el proceso se haya tramitado en lugar diferente al del domicilio del que haya resultado vencedor del procedimiento. Un tercera excepción la encontramos en la ya comentada especialidad en los juicios monitorios de reclamación de morosos del art. 21 de la LPH pues se podrán reclamar en concepto de costas los honorarios de abogado y derechos de procurador tanto si el deudor atendiere al requerimiento de pago como si no compareciere ante el Juzgado. La polémica radica en determinar si dentro de este límite se encuentra sólo el abogado, o también el procurador, que recordemos es un profesional retribuido por arancel, inclinándonos por la primera opción por cuanto el art. 394.3 de la LEC es *lex posterior* y permitiría excluir los derechos del procurador.

La reflexión que debe hacerse en este tipo de procedimientos es que al tratarse de cuantías muy pequeñas, pueden resultar totalmente desproporcionados los honorarios que los abogados soliciten por la prestación de sus servicios y el trabajo efectivamente realizado y los importes que luego puedan incluirse en la correspondiente tasación de costas, de lo que deberá informarse debidamente a las Comunidades de propietarios.

4. Ejecución y recursos

En materia de ejecución son de aplicación las reglas generales, por lo que no hay inconveniente por ejemplo para la ejecución provisional de las sentencias que se dicten en este tipo de procedimientos. Recordemos que la LEC parte precisamente del principio de la ejecución provisional de aquellas, y así lo establece el art. 524 sin que el art. 525 que indica las que no son susceptibles de esta medida, mencione las relacionadas con la Ley de Propiedad Horizontal. Tampoco concurre especialidad en materia de ejecución forzosa.

Las dificultades se producen en la ejecución de resoluciones contra las propias Comunidades de propietarios pues al carecer éstas de personalidad jurídica, no cabe ejecutar los elementos privativos de sus miembros, ni tampoco los elementos comunes de la Comunidad. En estos casos solo cabe solicitar al Juzgado que conforme a lo dispuesto en los arts. 589 y 590 de la LEC, se requiera a la correspondiente Comunidad para que relacione bienes suficientes, y concretamente facilite los datos del número de cuenta corriente de la entidad bancaria en la que se depositan las cuotas abonadas por la Comunidad con el apercibimiento de las sanciones que puedan imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de no presentar la relación de bienes solicitada.

Por último en cuanto a los recursos, igualmente son de aplicación las reglas generales con la especialidad recogida en el art. 449.4 de la LEC en virtud de la cual en los procesos en que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario a la Comunidad de vecinos, no se admitirá al condenado el recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no acredita tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria, sin que la consignación de la cantidad impida, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada. En casación recordar simplemente que, salvo que el procedimiento haya tenido por objeto una reclamación de cantidad, en los demás casos sólo podrá interponerse el mismo por vía del interés casacional.

sección derecho de familia



Criterios económicos sobre las
prestaciones económicas en los procesos
de familia

Antonio Alcalá Navarro
Magistrado-Juez

Presidente de la Sección 6ª de la A.P. de Málaga

Me invita mi querido amigo Juan José Reyes a hacer unas consideraciones sobre los criterios de la Audiencia Provincial de Málaga en los aspectos económicos de las crisis de familia, y habida cuenta de los beneficios que puede traer para la seguridad jurídica de los justiciables y de sus operadores jurídicos, y de la inversión en agilidad que para los órganos jurisdiccionales, siempre tan saturados, puede suponer la disminución de la contenciosidad que unos criterios más o menos determinados comportaría, me dispongo a acometer la tarea, en unos casos atendiendo criterios ya adoptados por la Sala que presido y que tiene asignado el conocimiento de los recursos de apelación en la materia, y en otros aventurando una opinión que me atrevería a vaticinar, como probable conociendo, cómo piensan mis compañeros con los que formo Sala, después de muchos años de compartir tarea con ellos. Parto de la propuesta de Juan José, que me ha facilitado un cuestionario con los aspectos que a él, experto Abogado de Familia, y a sus compañeros que comparten el asesoramiento en esta materia tan especial y sensible, les parecen sugerentes.

1º *Diferencias entre las distintas prestaciones económicas y sus consecuencias jurídicas:*

- a) *Contribución a las cargas*
- b) *Pensión alimenticia: hijos menores, mayores y cónyuge*
- c) *Pensión compensatoria*
- d) *Compensación 1438 del CC*
- e) *Alimentos del 1408 del Código civil*

Hacemos en primer lugar un breve apunte sobre la *naturaleza jurídica de estas prestaciones*, todas ellas de carácter económico. El artículo 91 del Código Civil hace una pormenorizada enumeración de las medidas que el Juez, en defecto de acuerdo entre las partes, hará en la sentencia de nulidad, separación y divorcio, refiriéndose a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas. El precepto citado viene claramente referido al matrimonio, pero interpretado a la luz del artículo 39 de la Constitución Española, que protege a la familia y proscribiera cualquier tipo de discriminación en función del estado civil de las madres y el modo de nacimiento, matrimonial o no, de los hijos, es perfectamente aplicable a las uniones de hecho y así, de modo expreso, el artículo 770.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece aplicable el procedimiento contencioso previsto para los procesos matrimoniales referidos, a los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las que denomina como *medidas adecuadas*, sin determinar pero remitiendo a los citados procesos matrimoniales. Esta sistematización, más simple, entre medidas de guarda y custodia y alimentos, marca los dos grandes grupos de medidas, las de carácter personal que comportan una compleja relación, derecho-deber, y las de tipo económico, que son las que ahora nos ocupan, aunque se encuentran estrechamente relacionadas de manera que, a veces, es muy difícil tratar unas sin interferir en las otras, como puede ser en el caso del uso de la vivienda familiar, donde el derecho a la habitación, claramente de naturaleza alimenticia y por ende económica, se entremezcla con el derecho-deber del progenitor custodio a ocupar dicha vivienda que viene asignada a los hijos que le quedan confiados.

a) **Las cargas del matrimonio:** Este concepto lo encontramos en sede de medidas provisionales, refiriéndose a ellas el artículo 103.3º del Código Civil, y en las medidas provisionales al remitirse el artículo 104 a las anteriores, apareciendo también en el artículo 91, todos ellos del mismo Código, cuando dice que se acordarán con la sentencia las medidas que de modo definitivo hayan de sustituir, entre otras, a las provisionalmente aprobadas relativas a las cargas del matrimonio.

Debe entenderse como cargas del matrimonio, a falta de una precisa definición legal, los gastos a cargo del patrimonio familiar tanto derivados de su propia existencia y necesidad de sostenimiento interno, como los provocados por el consumo del grupo familiar no especialmente atribuibles a ninguno de sus miembros.

El término tiene su exacta aplicación cuando aún no se ha procedido a la disolución, o incluso la liquidación cuando proceda, de la sociedad conyugal, pues aún allí puede darse un patrimonio indiviso, o una administración de intereses comunes no repartidos, que deben atender a unas necesidades aún no distribuidas entre los distintos integrantes de la unidad familiar, situación que subsistirá en tanto no se dicte la sentencia que dé lugar a su disolución, permaneciendo incluso con posterioridad cuando la indivisión permanece, en todo o en parte, por haberlo acordado en convenio los integrantes de la pareja o por resultar así de una especial situación de condominio generalmente en atención a la prole.

b) **La pensión alimenticia: Hijos menores, mayores y cónyuge:** Se refiere este concepto a los alimentos, aquella prestación que cubre las necesidades para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista. Su concepto es análogo a los alimentos de los artículos 142 y siguientes, si bien con características propias debido a la especial relación derivada del vínculo de la patria potestad, más estrecho y exigente que el puramente familiar.

En materia del Derecho de familia no se trata de determinar la existencia o no de un derecho de alimentos, eso se da por sentado, y el objeto de la medida relativa a los alimentos es, como nos dice el artículo 93 del Código Civil, la determinación del modo como cada progenitor contribuirá a satisfacerlos, adoptando las medidas oportunas para asegurar su efectividad y acomodación a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Por tal motivo sus destinatarios son los hijos menores, que son los que, conforme al artículo 154 del Código Civil, se encuentran sujetos a la patria potestad de los padres. No obstante, es un hecho que los hijos al cumplir los 18 años, y ser por tanto mayores de edad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, aún se encuentran en plena fase de formación, muchos de ellos cursando estudios y otros en formación profesional, alejados en cualquier caso de la posibilidad de independencia económica, por lo que la doctrina había venido aplicando analógicamente las normas de la minoría de edad a esa situación de mayoría de edad dependiente de la familia, viniendo a tener su refrendo legislativo en la Ley de Reforma del Código Civil 11/1990, que añade un segundo párrafo a ese artículo 93 con una redacción no excesivamente acertada pues viene a introducir confusión al decir literalmente que, si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad que carecieren de ingresos propios, el Juez fijará en la misma resolución, *los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del mismo Código*. Esto ha creado dudas sobre todo en el aspecto de la legitimación, a la que luego dedicaremos capítulo aparte, actualmente ya superadas

por la doctrina, siendo el factor principal a tener en cuenta la convivencia familiar y la falta de recursos propios por encontrarse en formación.

En cuanto al cónyuge las medidas definitivas solamente contemplan la posibilidad de una pensión compensatoria, o una indemnización para el caso de nulidad matrimonial según el artículo 98 del Código Civil, por lo que una pensión alimenticia para el que lo siguiera siendo debería ventilarse en el propio procedimiento de alimentos que se incoe para reclamarlos.

c) La pensión compensatoria: Su naturaleza no es alimenticia y sí es muy semejante a una indemnización, siendo de ello exponente que el antes referido artículo 98 del Código Civil, cuando establece el derecho a percibir una indemnización por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, remite para su fijación a las circunstancias que contempla el artículo 97. Se regula en este artículo 97 y no precisa de necesidad por parte del que la perciba; el elemento determinante es el desequilibrio en la posición de uno y otro cónyuge, situación que ha debido ser creada por la separación o el divorcio, no la nulidad a la que antes hemos aludido y que se regula por el artículo 98, y que le implique un empeoramiento en la situación que antes tenía en el matrimonio, por lo que si la situación era mala en el matrimonio, tendrá que ser peor tras la separación o el divorcio y que no haya empeorado también para la otra parte, como suele ocurrir cuando en economías familiares modestas se produce la ruptura que implica la duplicidad de gastos; y, por el contrario, se produce en economías desahogadas, con ingresos suficientes en cada una de las partes de la pareja, si los rendimientos de uno y otro son dispares y sufre detrimento por ello el nivel de vida de uno de ellos.

d) La compensación del artículo 1438 del Código Civil: Esta compensación no corresponde a ningún tipo de medida de las contempladas en el artículo 91 para los procedimientos de nulidad, separación o divorcio. Es más se prevé exclusivamente en los casos de que exista un régimen de separación. Se inspira en la Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978, y su finalidad es moderar la desconsideración que para el cónyuge que se dedica a la casa supone dicho régimen de separación, al no participar de los beneficios que le reporta al otro la actividad fuera de ella, que se potencia merced al sacrificio del primero. Constituye una especie de *salario diferido* que no guarda relación con las circunstancias del otro cónyuge ni precisa que éste se haya enriquecido durante la vigencia del régimen de separación.

e) Los alimentos del artículo 1408 del Código Civil: Al disolverse la sociedad de gananciales se produce un interin en el que los bienes que lo integran siguen produciendo frutos y utilidades que se repartirán cuando se proceda a liquidación, pudiendo los cónyuges recibir alimentos a cargo de éstos sin detraerlos de su haber, si no exceden de su importe, como un simple adelanto, una entrega a cuenta de lo que luego habrá de recibir.

Análisis, siempre sobre los criterios de la Sala, de los siguientes aspectos relativos a las mismas:

1.- *Imperativa/ de Oficio, Transmisibilidad, carácter personalísimo, etc.*

El Derecho de familia es la menos privada de las materias que integran el Derecho Civil, de manera que el principio es el contrario al que rige con carácter general en el Derecho privado, la falta de disponibilidad, su intransmisibilidad y su carácter personalísimo, quedando fuera de la facultad de transacción, según el artículo 1814 del Código Civil, tanto las cuestio-

nes matrimoniales como los alimentos futuros. En cualquier caso, la diferencia se encuentra muy marcada entre las medidas que afectan a los menores y las que corresponden a los cónyuges, y así el Juez tendrá imperativamente que fijar las medidas relativas a menores y podrá denegar las acordadas por sus progenitores, si entiende que no protegen debidamente el interés de los menores. Por el contrario, no se podrá pronunciar sobre la pensión compensatoria si no ha sido objeto de una petición expresa al respecto en la demanda, y si es por la demandada a través de una pretensión deducida de modo reconventional.

Parece incuestionable y poco comentario merece, el carácter personalísimo y la naturaleza intransmisible de las prestaciones, que se establecen *intuitu personae*.

2.- *Proporcionalidad y criterios de fijación*

En este punto es común se produzca bastante confusión por aplicación indebida del criterio proporcional que para los alimentos entre parientes establece el artículo 146 del Código Civil. El criterio de la Sala es que no es comparable la proporcionalidad que legalmente establece dicho artículo entre el caudal o los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe, basado en un principio de auxilio indispensable a la subsistencia que no puede poner en peligro la propia del obligado a prestarla, con la proporcionalidad *relativa* que es exigible en las prestaciones que aquí nos ocupan, y hablamos de proporcionalidad porque cuando de recursos económicos se trata es inevitable la consideración de la ecuación recursos-necesidades para una correcta determinación, pero el criterio de ponderación ha de ser mucho más generoso que el de meramente indispensable que impera en los alimentos entre parientes.

- *Necesidad alimentista/cónyuge y situación económica del pagador*

Partiendo del concepto anterior, trataremos de apuntar los criterios no meramente proporcionales, sobre los que habrá de sustentarse esa proporcionalidad relativa a la que aludíamos, según cada una de las prestaciones.

Cuando se trata de cargas del matrimonio, el criterio de proporcionalidad se diluye y la aportación entre los cónyuges debe ser idéntica siempre que tengan recursos suficientes para ello.

Si la prestación fuera la alimenticia para los hijos, el criterio ha de ser proporcional en cuanto a la aportación que cada uno de los progenitores realizara para los mismos, pero no estaría en función de las meras necesidades de los alimentistas, pues éstos tienen derecho a que su nivel de vida no sufra detrimento a causa del conflicto entre sus padres, por lo que deberá abarcar a todas aquellas prestaciones a que estuvieran habituados aunque pudieran considerarse suntuarias.

Si fuera la pensión compensatoria, el criterio a ponderar es el desequilibrio entre la economía de los cónyuges que suponga un empeoramiento de la situación que antes mantenía en el matrimonio, pero en absoluto tiene carácter nivelador sino simplemente indemnizatorio por esa pérdida. Su procedencia en absoluto depende de la carencia de recursos del perceptor, que puede tener ingresos suficientes para su subsistencia, pero en peores condiciones que en el matrimonio y de forma desequilibrada respecto al otro.

En cuanto a la compensación del artículo 1438, dependerá de cuál sea la contribución que se estime realizada a la economía doméstica por el cónyuge perceptor, y los beneficios obtenidos a consecuencia de ello por el otro miembro de la pareja. Los alimentos del artículo 1408 son un simple adelanto, dependerán de la necesidad del perceptor y luego se detraerán al llevarse a cabo la liquidación.

-Ingresos netos/brutos/ dietas y extras/casos de indeterminación/ocultación/signos externos

Para el cómputo de cualquiera de estos conceptos económicos se tendrán en cuenta toda clase de ingresos y percepciones, lo cual nos lleva al concepto de ingresos netos pues estos son los verdaderos ingresos; el ingreso bruto no puede considerarse beneficio si están pendientes de abonar los costes de producción o el abono de los suministros de mercaderías. Las dietas pueden ser ingresos si cubren gastos habituales como alimentación, pero no si cubren viajes que no se hubieran hecho en otro caso; serán en cualquier caso si se pagan por asistir a reuniones u otros actos análogos.

Es muy frecuente el caso de la súbita caída en insolvencia a raíz de la crisis matrimonial, es habitual cuando se trata de pequeñas o medianas empresas controladas por el litigante, en las que él mismo puede decidir sobre la confección de su nómina, y también cuando depende de él trabajar o no, caso por ejemplo del camionero autónomo o del taxista. En esos casos tendrá que demostrar que su ausencia de actividad se debe a una realidad del mercado y no a su voluntaria desidia, así como los casos en que pasa al desempleo el asalariado, pues tendrá que demostrar que esa situación es ajena a su voluntad habiendo hecho todo lo necesario para impedirlo. Los signos externos pueden ser útiles para descubrir casos de ocultación, economía sumergida u otros artificios, algunos de ellos muy imaginativos, destinados al mismo fin, pero hay casos en que prefiere pasar penalidades con tal de no abonar las prestaciones, en estos casos lo más indicado ya es el Código Penal.

-Forma de determinar la cuantía (determinada/ proporcional/ porcentaje/ mínimo vital). Tablas (en este punto he analizado las tablas y he observado que gane lo que gane el no custodio la determinación de los alimentos no afecta a la cuantía, lo que supone un gran inconveniente en estos casos de modificación de medidas)

Por supuesto que determinada, caso contrario la sentencia puede ser tan difícil de ejecutar que sería prácticamente inoperante. Si establecemos conceptos como la mitad o el tercio de lo que perciba por salario, tratará de ocultar sus verdaderos ingresos o habrá de someterse a enojosas inspecciones de su excónyuge, que pueden ir incluso contra su derecho a la privacidad de sus ingresos a efectos fiscales o de otro tipo. Es más conveniente señalar una cantidad fija con actualizaciones y sin perjuicio de instar las modificaciones cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. Las tablas son meramente orientativas y la Sala no estima oportuna ni tan siquiera invocarlas por no constituir una norma jurídica. La función del juzgador consiste en la aplicación de la ley al caso concreto, lo que no puede verse constreñido por unas tablas que no pueden abarcar, aunque lo intenten, las innumerables peculiaridades de cada caso concreto.

-Forma de pago: (mensual, anual, anticipada de una vez en la firma del convenio, mes de vacaciones: se paga, pago directo a los hijos, en especie, etc.

La forma de pago, cuando de alimentos se trata, ha de ser mensual por ser el modo habitual en el que se perciben los salarios, aunque la ley no excluye que pueda hacerse de cualquier otra, pero habrá de acreditarse la necesidad o conveniencia de hacerlo de ese diverso modo.

Si se trata de pensión compensatoria, el artículo 97 contempla la posibilidad de que se abone como una prestación única o como una pensión temporal o por tiempo indefinido; el carácter disponible del derecho y la circunstancia de que no afecta a los menores da toda clase de facilidades al acuerdo de las partes, en convenio regulador o en el transcurso del

proceso, así como las posibilidades contempladas en el artículo 99 del Código Civil, de sustituir la pensión fijada por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

En los demás supuestos el pago viene determinado por la propia obligación. Las cargas del matrimonio cuando éstas hayan de ser satisfechas, la compensación del 1438 a la extinción del régimen de separación, y los alimentos del artículo 1408 mientras se hace la liquidación del caudal inventariado y en tanto no se realice la entrega del haber.

Es un error pretender no hacer el abono el progenitor no custodio de los alimentos que corresponden al período de vacaciones en que tiene a los hijos en su compañía. El concepto de alimentos es más extenso que la estricta manutención y se continúa devengando, habitación, vestido, educación y asistencia médica; la vivienda y los servicios continúan estando a disposición de los hijos aunque éstos permanezcan con el otro progenitor. En cualquier caso, esa posible exención tendría que haber sido prevista en la sentencia.

Igualmente es improcedente el pago directo al alimentista, como ahora veremos cuando tratemos el tema de la legitimación. La cuestión no es el pago de unos alimentos al hijo, sea o no menor, sino de la contribución a los mismos que se le ha señalado al progenitor no custodio y que les prestará el otro progenitor con el cual conviven, de modo directo y conjunto en el seno del domicilio familiar. Afirmado esto, no cabe el pago en especie de una cantidad que ha de administrar el progenitor custodio, y toda entrega que un progenitor haga a un hijo deberá considerarse como una atención personal, un regalo.

3.- Contenido: Diferencia con gastos extraordinarios

Los gastos extraordinarios son aquellos que no se producen necesariamente. No deben confundirse con un devengo en un período mayor al que se producen los abonos de la prestación ordinaria alimenticia, si el gasto se ha de realizar necesariamente de manera absolutamente previsible y necesaria. La Sala entiende que son gastos ordinarios los de equipamiento escolar que tienen lugar cada comienzo de curso, o la compra de la ropa estacional a los menores que, por su lógico crecimiento, no les sirve la de la temporada anterior. Trayendo a colación lo dicho respecto al abono de los alimentos durante el período de vacaciones estivales que permanecen con el progenitor no custodio, ese ahorro puede servir para atender los gastos especiales que se producen al comienzo del curso escolar.

4.- Legitimación activa y pasiva

No puede nunca olvidarse de que todas estas cuestiones son medidas complementarias de unos procesos principales, los procesos de nulidad, separación y divorcio, y así lo dice repetidamente en el título IV del libro primero del Código Civil, cuando encabeza su capítulo IX como "*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*", y el capítulo X como "*De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*", y en el mismo sentido se pronuncia la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando encabeza sus artículos 771 y 773 con la atribución tanto de las medidas provisionales previas a la demanda como de las provisionales derivadas de su admisión a las de nulidad, separación y divorcio, y cuando en el artículo 774 al tratar de las medidas definitivas las refiere a los mismos procedimientos, y fuera del matrimonio pero en el ámbito familiar, al enumerar el apartado 4º del artículo 748 de esta última Ley los procesos de menores, se refiere a ellos como los que versen sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, por lo que no hay duda de que la legitimación corresponde exclusivamente a los cónyuges, que son los que se divorcian, separan o instan la nulidad de sus matrimonios, o a un progenitor frente al

otro, en cualquier caso para determinar el modo en que se distribuirá entre ellos la obligación alimenticia relativa a los hijos, que no cuestionan. Si fuera el hijo mayor de edad, la existencia de un núcleo familiar en el que aún convive el hijo no causa ninguna alteración a la situación existente cuando era menor, pues la economía familiar es única y la administra el progenitor en cuya compañía quedan, y se produciría una chocante situación si recibiese directamente el hijo la aportación alimenticia del progenitor no custodio y no la aportase a aquel con el que convive, y no existe indefensión para el hijo mayor de edad, que podría, llegado el caso, demandar de alimentos a sus progenitores, pero la legitimación sería muy diferente pues el demandante sería el hijo y los demandados necesariamente ambos progenitores, en lugar de lo que sucede en los casos que nos ocupa: Legitimación activa el progenitor que queda con los hijos o que se cree acreedor a una medida, y legitimación pasiva el contrario.

5.- *Hijos Mayores de edad: Generalidades 93,2 del CC, trabajo y estudios, limitación temporal, suspensión en medidas en casos de modificación*

Partiendo de los conceptos ya expuestos de la existencia de una verdadera situación familiar, que la ruptura de convivencia de los progenitores obliga a asumir a uno solo de ellos, procede aquí examinar hasta cuando persistirá esta situación, que socialmente se viene prolongando hasta extremos en algunos casos difícilmente tolerables.

Mientras el hijo se encuentra en periodo de formación, carrera universitaria y otros estudios habituales como oposiciones, mir, etc, si lo cursa con aprovechamiento, y de hecho puede ser exponente de ello que lo haga en periodos en que se suelen realizar por los demás estudiantes, la obligación subsiste a no ser que los progenitores pasen por una situación crítica que en una familia no rota obligaría al hijo a dejar sus estudios y ponerse a trabajar.

En cuanto a la posibilidad de poner una limitación temporal al disfrute de la pensión alimenticia, en principio no es aconsejable por ser difícilmente determinable cuándo se verá capacitado un hijo para vivir independientemente, sólo en casos de extraordinaria renuencia, se le puede señalar un plazo a modo de *ultimatum* y para evitar un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

Si el hijo se ha convertido en un *goliardo* y no está dispuesto a terminar la carrera, o simplemente es un *tímido laboral* que encubre su desidia con cursos y cursillos y con dificultades para encontrar trabajo, lo procedente es dejar sin efecto la medida, sin perjuicio de la facultad del hijo para reclamar alimentos a ambos progenitores, a los que se le puede dar por ampliamente cumplida su obligación de sacar adelante a la prole.

Si ha accedido al mundo laboral, aunque sea con un trabajo precario, que incluso simultanea con los estudios, procede la extinción de la medida de alimentos, siendo de aplicación lo que dispone el artículo 155.2 del Código Civil, pues en algunos casos la aportación del propio hijo puede ser superior a la que por el mismo pasaba el otro progenitor.

Para que pueda llevarse a cabo la extinción de la medida, es necesario instar la modificación de la misma, y sólo quedará sin efecto cuando se dicte la sentencia que lo acuerde, sin perjuicio de la facultad contemplada en el artículo 775.3 de solicitar con la demanda la modificación provisional.

6.- *Supuestos especiales de custodia compartida, hijos bajo cuidado de parientes/acogidos o tutelados, separación de hermanos*

Estos supuestos son tan variados como las propias situaciones que se pueden producir, de modo que si los recursos económicos de ambos progenitores son semejantes, en una custodia compartida de modo absolutamente homogéneo, o cuando se separen los hermanos

de manera que se distribuyan en igual número para uno y otro progenitor, la compensación es posible, excepto cuando se produzcan gastos extraordinarios para uno de los hijos.

Si los recursos de uno y otro fueran distintos, o si hubiera desigualdad en la distribución de las cargas, se habrá de actuar para constituir la adecuada proporcionalidad.

En caso de que los hijos se encuentren acogidos o tutelados por terceras personas, sean o no parientes, la fijación se hará a cargo de ambos progenitores y se distribuirá al fijarla ente uno y otro en proporción a su capacidad económica.

7.- *Comienzo del pago*

- *Desde el auto de medidas / la sentencia*

Desde el auto de medidas, tanto si son previas como provisionales, hasta el dictado de la sentencia, momento en que entrarán en vigor las que fije ésta, aunque la sentencia fuese recurrida (art. 774.3 LEC). Si no se pidieron medidas habrá de esperarse a la sentencia.

- *Desde la interposición de la demanda*

En ningún caso, eso está previsto de modo excepcional por el artículo 148 del Código Civil para los alimentos entre parientes, institución jurídica distinta a la que nos ocupa. A cambio de eso, tiene la posibilidad de solicitarlo antes incluso de interponer la demanda por el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda del artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

• *Supuesto de modificación de medidas*

• *Reduce la Sala*

En este caso se cobrará la que el Juzgado fijó hasta que se dicte la sentencia de alzada, y luego la reducida.

• *Aumenta la Sala*

Este supuesto es el inverso al anterior, y se percibirá la primera hasta que se dicte la sentencia del recurso, sin ningún tipo de efecto retroactivo.

• *Diferencias en esos casos entre Pensiones alimenticias y compensatoria*

No hay diferencia entre una y otra, salvo que la pensión compensatoria no es posible en sede de medidas previas ni provisionales.

- *Actualización: IPC, ingresos obligado, ¿Pensión compensatoria IPC?*

En la pensión alimenticia es fundamental mantener el poder adquisitivo de la pensión, por lo que es indispensable su actualización vía IPC o cualquier otro índice que garantice la adecuación de la cantidad para que no exista merma en el bienestar de los perceptores.

Su referente no ha de ser los ingresos del obligado sino las necesidades de los alimentistas.

La pensión compensatoria tiene, según constante doctrina, naturaleza indemnizatoria y no alimenticia, puede ser establecida por un plazo determinado, sustituirse por una renta vitalicia o redimirse por un capital que se reciba en bienes o dinero, y por tal motivo pueden establecerse intereses o no, pero no es consustancial con una actualización vía IPC, aunque es claro que se puede pactar.

8.- *Criterios de modificación de medidas económicas supuestos:*

Hijos que comienzan a trabajar / compatibilidad estudios

Momento en que se acredita el hijo ha dejado los estudios

Compatibilidad trabajo con Pensión compensatoria

¿Es compatible la suspensión temporal de las medidas ante la crisis?

Los tres primeros puntos ya han sido contestados al responder al apartado correspondiente a los hijos mayores de edad. En cuanto al interrogante que se plantea como cuarto, las necesidades perentorias de los perceptores de las medidas no permiten suspensión temporal alguna. Para la necesidad de comer de un niño no puede existir excusa alguna del padre, ni apoyándose en la crisis ni en cualquier otra razón; el niño debe comer antes que lo haga su padre y su madre, que deben quitarse la comida de la boca para alimentar a sus vástagos, eso es una ley natural. No es posible ningún tipo de suspensión, ni la ley la contempla, sin perjuicio de que pueda instarse una modificación de las medidas siempre que la crisis haya traído consigo una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar o acordar dichas medidas.

sección derecho internacional



Principios Generales del Derecho de
Familia en Inglaterra y Gales
'donde puedo y debo divorciarme'

Carolina Marín Pedreño
Abogada y solicitador

I. PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

1. Entre Estados Miembros

Inglaterra cuenta con el nivel más alto de divorcios en Europa. Las últimas cifras de la oficina de estadística nacional de Inglaterra confirman que uno de cada diez matrimonios termina en divorcio durante los primeros cinco años. En Londres, la mayoría de los divorcios son entre parejas de distintas nacionalidades.

Málaga cuenta con una población cada vez más multicultural. Los residentes británicos actualmente registrados en España son aproximadamente unos 275 mil.

Dado que el desarrollo del mercado interior favorece la libre circulación de las personas, aumentan de ese modo los lazos familiares establecidos entre personas de diferente nacionalidad o cuya residencia se encuentra en Estados miembros diferentes. Con esta perspectiva, se hacía necesario mejorar la rapidez de los procedimientos en materia matrimonial y garantizar la seguridad jurídica en materia jurisdiccional. El 28 de mayo de 1998 los Estados miembros de la Unión Europea firmaron el Convenio relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (conocido como «Bruselas II»). Este Reglamento fue derogado por el **Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental** (conocido como «Bruselas II bis»).

En materia de competencia judicial, los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre las cuestiones relativas al divorcio, a la separación legal y a la nulidad de un matrimonio se determina en función de la residencia de uno de los cónyuges o de los dos o en función de su nacionalidad. Un mismo Tribunal puede ser competente en determinadas condiciones.

La competencia en general está determinada en el artículo 3 del Reglamento:

En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) En cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicilio»;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicilio» común.

Los órganos jurisdiccionales de dos o más Estados miembros pueden ser competentes para conocer una misma demanda de divorcio, por ejemplo dos ingleses que residan en Málaga pueden presentar demanda de divorcio ante los Tribunales ingleses y ante los Tribunales españoles.

El artículo 19 del Reglamento resuelve la litispendencia:

1. Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

2. Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

3. Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél. En este caso, la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero.

Esto ha ocasionado lo que en la práctica llamamos “el shopping forum y la carrera a los tribunales”. La parte que presente la demanda en primer lugar en el tiempo, es la que elige los Tribunales que van a conocer el divorcio.

Un caso que nos da un ejemplo de esta carrera es el caso de *K v K*. El Sr. K es un nacional francés trabajador de banca. La Sra. K tiene doble nacionalidad, por Francia y por Singapur. Su matrimonio se rompe cuando la compañía del Sr. K lo traslada de Japón a Inglaterra donde el matrimonio había residido anteriormente. La Sra. K tras la ruptura matrimonial reside con el hijo del matrimonio en un piso que la compañía del Sr. K pone a disponibilidad de la familia de forma temporal.

Al mes de haberse trasladado a Inglaterra el Sr. K presenta demanda de divorcio en los Tribunales de París. Esa misma mañana la Sra. K presenta demanda de divorcio en los Tribunales de Londres.

El Sr. y la Sra. K cuando se casaron en Francia lo hicieron bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Si el divorcio se lleva a cabo en Francia la Sra. K tiene limitado el capital y la parte del patrimonio matrimonial que puede recibir, sin embargo en Londres, donde no existen ni se reconocen regímenes económicos matrimoniales, la Sra. K podría recibir millones de libras.

2. En Inglaterra y Gales

Si su cliente puede presentar demanda de divorcio en España y en Inglaterra, cuando debería asesorarle que lo haga en Inglaterra?

El Reino Unido está compuesto por las siguientes jurisdicciones:

- (i) Inglaterra y Gales
- (ii) Escocia
- (iii) Irlanda del Norte
- (iv) Otras jurisdicciones más pequeñas que incluyen la Isla de Man, Guernsey y Jersey

El sistema jurídico en cada una de las jurisdicciones es distinto e independiente, en esta ponencia me refiero solo al sistema jurídico vigente en Inglaterra y Gales.

En Inglaterra dos personas de distinto sexo pueden contraer matrimonio y dos personas del mismo sexo pueden contraer Uniones Civiles.

Los procedimientos familiares disponibles en caso de ruptura matrimonial o de Unión Civil se pueden reducir a cuatro categorías principales:

- (i) divorcio
- (ii) desacuerdos económicos posteriores al divorcio o durante el proceso de divorcio
- (iii) procedimientos sobre hijos menores de edad (visitas, residencia etc.)
- (iv) violencia doméstica: órdenes judiciales para protección personal

No es requisito procesal que las partes estén legalmente representadas en un procedimiento de familia en Inglaterra o Gales. Cualquiera de las partes puede presentar una demanda entre las categorías detalladas anteriormente sin necesidad de representación legal, pudiendo representarse a sí misma durante todo el procedimiento.

El primer paso a dar por una pareja casada para disolver su matrimonio o su Unión Civil es presentar una demanda de divorcio en cualquier Tribunal local. La demanda se presenta junto con el certificado original de matrimonio y el pago de las tasas correspondientes, actualmente de £300. La demanda una vez examinada su validez (competencia, causas, forma etc.) será sellada por el juzgado con la fecha en la que ha sido presentada para ser notificada al demandado.

Respecto a la notificación, existen dos opciones con validez legal:

1. El juzgado notifica directamente al demandado enviándole por correo postal ordinario la demanda de divorcio sellada junto con el formulario a rellenar 'acknowledgment of service' al domicilio indicado por el demandante en la demanda.
2. Los abogados del demandante notifican al demandado enviándole la demanda sellada junto con el formulario por correo (ordinario o certificado) o contratando a un agente que personalmente entregue la demanda junto con el formulario al demandado. Este agente prepara una declaración jurada detallando el día, la hora y las circunstancias en las que le fue entregada la demanda al demandado.

Para los Tribunales de Inglaterra y Gales la notificación a un demandado residente fuera de Inglaterra y Gales es válida si ésta se lleva a cabo por medio de vía postal o personalmente por un agente contratado por los representantes legales del demandante, pero nunca por el demandante personalmente.

Nos hemos encontrado casos en los que el demandado no se considera notificado si no ha recibido la demanda siguiendo el proceso del *Reglamento (CE) nº 1393/2007* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

Con este Reglamento se pretende mejorar y facilitar la transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles y mercantiles entre los Estados miembros. El Reglamento se aplica entre todos los Estados miembros de la Unión Europea incluida Dinamarca, que a través de una declaración (*DO L 331 de 10.12.2008, p. 21*) basada en un acuerdo paralelo con la Comunidad Europea confirmó su propósito de aplicar el contenido del Reglamento.

El Reglamento establece una serie de procedimientos de notificación y traslado de documentos: mediante organismos receptores y transmisores, por vía consular o diplomática, por correo o directamente. Los organismos transmisores son competentes para la transmisión judicial y extrajudicial de documentos que deban notificarse o trasladarse en otro Estado miembro. Los organismos receptores son competentes para recibir documentos judiciales y

extrajudiciales procedentes de otro Estado miembro. La entidad central es responsable de suministrar información a los organismos transmisores y de buscar soluciones a cualquier dificultad que pueda plantear la notificación y traslado de documentos.

En la práctica hay que tener en cuenta que lo relevante para que un Tribunal adquiera competencia es cuando se *presenta* la demanda, no cuando se notifica al demandado.

El proceso de divorcio en Inglaterra se divide en dos fases que consisten en una sentencia provisional *Decree Nisi* seguida de una sentencia de divorcio final *Decree Absolute*. Normalmente las partes deciden no obtener la sentencia de divorcio final hasta que no se resuelvan los asuntos económicos pendientes sobre todo si se va a necesitar intervención judicial.

Las partes pueden solicitar medidas provisionales tales como manutención, la ocupación del domicilio familiar etc. También se pueden obtener medidas de precaución, *freezing orders*, para paralizar o impedir cualquier disposición por alguna de las partes del patrimonio familiar. Para obtener este tipo de órdenes judiciales se debe de argumentar el riesgo de que la otra parte vaya a vender, donar etc parte del patrimonio familiar.

El sistema jurídico de Inglaterra y Gales no es codificado. La legislación en temas de familia está concentrada en la *The Matrimonial Causes Act 1973*, principal estatuto que regula el proceso de divorcio. Es un sistema discrecional, por lo que el juez cuenta, siempre y en cada momento del proceso, con el uso de su discreción para resolver.

El divorcio en Inglaterra es casuístico. Las causas válidas en las que deben de basarse una demanda de divorcio son:

- (i) Que el demandado ha sido adúltero y el demandante encuentra intolerable la convivencia
- (ii) Que el demandado se ha comportado de tal forma que el demandante no puede contemplar razonablemente la convivencia
- (iii) Que el demandado ha abandonado al demandante por un periodo de al menos dos años previo a la presentación de la demanda
- (iv) Que las partes han vivido separadas por un periodo continuado de al menos dos años inmediatamente antes de la presentación de la demanda y el demandado consiente a que la sentencia de divorcio sea dictada
- (v) Las partes han vivido separadas por al menos un periodo de cinco años antes de la presentación de la demanda

No se admite a trámite la demanda de divorcio presentada antes del transcurso de un año desde la celebración del matrimonio.

El demandado al ser notificado con la demanda debe de contestar al Tribunal confirmando si desea defender la causa de la demanda o no. En el caso de no defenderla, el Juzgado tras recibir el *acknowledge of service* por parte del demandado indicando lo mismo, emite el fallo de divorcio provisional, *Decree Nisi* sin que las partes tenga que asistir a ninguna vista judicial. Una vez que se ha recibido el divorcio provisional si las partes no van a necesitar un procedimiento para resolver los temas económicos, tras unas seis semanas obtienen la sentencia de divorcio firme.

No es común defender la causa de una demanda de divorcio ya que generalmente no tendrá efectos en el procedimiento sobre el patrimonio familiar originado por el divorcio. En el caso de querer defender la causa de divorcio se fijará fecha para una vista en la que las dos partes habrán presentado sus pruebas sobre la, o las causas, por medio de declaraciones juradas.

La disolución de las uniones civiles estables entre parejas del mismo sexo sigue un procedimiento similar y está regulada por la *Civil Partnership Act 2004*.

1.1. Asuntos económicos

En el Derecho matrimonial en Inglaterra y Gales no existen regímenes económicos matrimoniales. Al contraer matrimonio o Unión Civil, el patrimonio de las dos partes, incluso lo que se adquiere por herencia o donación antes y durante el matrimonio, o lo que se puede adquirir en un futuro, va a ser considerado por el juez para resolver la división del patrimonio familiar.

Los Tribunales en Inglaterra y Gales no aplican la ley nacional de las partes. Por lo que un español que se divorcie en Inglaterra no podrá solicitar que se aplique su ley nacional o que sea reconocido el régimen económico de su matrimonio.

Procesalmente, los procedimientos de asuntos económicos siguen la siguiente estructura:

- (i) Presentación del *Form E*. Cada una de las partes presenta este formulario en el que informan al Tribunal de su situación económica adjuntando pruebas como extractos de cuentas bancarias de los últimos doce meses, escrituras de inmuebles o valoraciones de los inmuebles, etc.
- (ii) Vista para Direcciones: se trata de una vista en la que el juez ordena la valoración de bienes de las partes en caso de disputa sobre su valor, o la necesidad de cualquier pericia técnica sobre bienes muebles como obras de arte por ejemplo.
- (iii) Vista para la Resolución de Desacuerdos Económicos: en esta vista se intenta minimizar los temas en disputa y se recibe del Juez una indicación de cual sería la división que el haría. Es obligatorio que las partes realicen ofertas abiertas escritas por medio de sus representantes antes de la vista. Si en esta vista no se llega a ningún acuerdo la indicación que ha hecho el Juez no es de conocimiento para el Juez que decidirá el caso en la Vista Final.
- (iv) Vista Final: en la que el juez decide el caso basándose en las pruebas existentes si no se ha llegado a un acuerdo. Cada una de las partes declara oralmente si se considera necesario y apropiado para el caso.

En cualquiera de los trámites descritos las partes pueden llegar a un acuerdo, acuerdo que el Juez aprueba como orden judicial concediendo a las partes la sentencia de divorcio firme si aún no se ha pronunciado ésta.

En el artículo 25 (2) *The Matrimonial Causes Act 1973* se exponen los factores a considerar por el Tribunal para ejercer su discreción a la hora de resolver los asuntos económicos originados del divorcio, estos son:

"(a) los ingresos, la capacidad de ingresos, las propiedades y otros recursos económicos que posea o fuera a poseer en un futuro cercano cada una de las partes del matrimonio, incluyendo la ampliación de la capacidad de ingresos que el Tribunal considere que una parte del matrimonio vaya a obtener;

(b) las necesidades, obligaciones y responsabilidades económicas que cada una de las partes del matrimonio tiene o vaya a tener en un futuro cercano;

(c) el nivel de vida disfrutado por la familia previo a la ruptura del matrimonio;

(d) la edad de cada una de las partes del matrimonio y la duración del mismo;

(e) cualquier discapacidad física o mental de cualquiera de las partes del matrimonio;

(f) las contribuciones de cara al bienestar de la familia que cada una de las partes ha realizado o vaya a realizar en un futuro cercano, incluyendo cualquier aportación relacionada con el mantenimiento del hogar o de la familia;

(g) la conducta de cada una de las partes, la cual juzgará el juez como adecuada o inadecuada;

(h) en el caso de procedimientos de divorcio...el valor de cualquier beneficio (tal como una pensión) para cada una de las partes del matrimonio, el cual perderá como consecuencia de la disolución del matrimonio".

Además, el Tribunal tendrá en cuenta la jurisprudencia, en especial una de las últimas decisiones de *House of Lords* en el caso *Miller v Miller* [2006], en la que se concluye que no debe haber discriminación entre el *money earner* y el *homemaker*, el que trae el dinero a casa y el que se queda en casa.

Tras esta sentencia se han disparado el número de sentencias en las que se han dictado cifras muy considerables a favor de la parte que menos patrimonio ha aportado o ganado durante el matrimonio en casos de matrimonios de pocos años de duración. El ejemplo más conocido es el de la ex mujer de Paul McCartney.

En un artículo del periódico *The Times* del 20 de septiembre 2009 una divorciada cita "cuando nos casamos no teníamos dinero. Yo trabajé y mantuve a los dos ganando mucho dinero mientras que mi marido hacía prácticas para ser médico. Cuando nos divorciamos se dictó una suma considerable de dinero a su favor. Ahora él es un cirujano y nos es que esté sin un duro. Yo soy la madre de sus hijos y los he criado yo. Por qué he tenido que pagarle a él. No le he sido infiel, he sido una mujer a la que la han abandonado por una más joven. Lo ridículo es que si yo no hubiese trabajado mientras estábamos casados y me hubiese dedicado a ir a la peluquería y de almuerzos, entonces él me tendría que haber mantenido a mí y mantener mi nivel de vida. Pero como yo soy la que trabajo, soy yo la que tengo que pagarle a él"

En el mismo artículo el socio fundador de Dawson Cornwell, John Cornwell, habla de uno de nuestros casos recientes diciendo así: la clienta "viene de una familia con bienestar y este era su segundo matrimonio. Este ha sido el primer caso en el que me he encontrado en el que un acuerdo prematrimonial tiene algún efecto". La mujer, que tiene una casa en el *country* y un piso en Londres, era la más rica de los dos. Ella tenía que su marido, quien tiene niños de su anterior matrimonio, pudiese destruir su fortuna —por eso se pide un acuerdo prematrimonial—. Aunque el Tribunal dictó £10,000 a favor del marido, el acuerdo prematrimonial la salvó a ella de una suma más considerable.

Los acuerdos pre-matrimoniales no tienen valor legal en Inglaterra pero sí que son cada vez más vinculantes. Para ser admitidos deben de haber recibido las partes asesoramiento legal por separado y se tienen en cuenta las circunstancias a la hora de firmarse. Recientemente en el divorcio entre una heredera alemana y su marido se ha aplicado el acuerdo prematrimonial hecho entre las partes. El marido alegaba que el acuerdo prematrimonial no era válido en Inglaterra ya que en esta jurisdicción este tipo de acuerdos carecen de validez. En su día, el Tribunal Superior dio la razón al marido y le concedió 5.8 millones de libras (unos 6.7 millones de euros) de la fortuna de su mujer para que pudiera cuidar a las dos hijas del matrimonio cuando estuvieran con él en Inglaterra. Pero la millonaria alemana, heredera de una fortuna del sector del papel, recurrió ante Tribunal de Apelación, que fallaron a su favor y consideraron válido el acuerdo que los dos habían firmado en Alemania hace diez años.

Al dar a conocer su dictamen, los tres jueces de la Corte de Apelación puntualizaron que Inglaterra no puede quedar aislada de lo que pasa en otros países y calificaron la actual legislación de anticuada. Así, anulaban el dictamen del tribunal inferior y concedieron al ex marido sólo 1.1 millones de euros y una vivienda para recibir a sus dos hijas, de seis años, cuando pasen un tiempo con él. Pero esa residencia pasará a manos de su ex mujer cuando las niñas cumplan 22 años.

En este caso ha sido decisivo el hecho de que las dos partes sean extranjeros y el acuerdo fue firmado en Alemania, jurisdicción que reconoce estos acuerdos.

Un acuerdo prematrimonial puede ser el único recurso para proteger tu patrimonio si hay posibilidades de que termines divorciándote en Inglaterra.

1.2. Cohabitación

Las parejas que legalmente no son matrimonio o Uniones Civiles no disfrutan de ningún estatus especial, independientemente de la duración de la relación. Cualquier desacuerdo relacionado con bienes muebles o inmuebles en común se resuelven aplicando leyes sobre co-titularidad de la propiedad.

No obstante, el Tribunal de familia tiene competencia para dictar una pensión de mantenimiento y resoluciones para beneficio de los hijos menores de edad de parejas que no forman matrimonio o Unión Civil, así como para dictar resoluciones judiciales para prevenir violencia y para excluir un cohabitante del hogar en dichos casos.

II. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. Entre Estados Miembros

La Unión Europea considera prioritario el derecho del niño a mantener relaciones regulares con cada uno de los padres. A este respecto, el niño tendrá derecho a ser oído sobre toda cuestión relativa a la responsabilidad parental que le concierna, considerando al mismo tiempo su edad y su madurez.

Se incluyen en el ámbito del «Convenio de Bruselas II bis», los procedimientos civiles relativos al divorcio, la separación judicial o la anulación de un matrimonio así como todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. La responsabilidad parental designa el conjunto de los derechos y obligaciones relativos a la persona o a los bienes de un niño. Con el fin de garantizar la igualdad de todos los niños, el «Convenio de Bruselas II bis» cubre todas las decisiones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del niño, independientemente de cualquier vínculo con un procedimiento matrimonial.

Se excluyen del ámbito de aplicación los procedimientos civiles relativos a las obligaciones alimentarias que se corresponden con el ámbito de aplicación del *Reglamento (CE) n° 44/2001* del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Por lo que se refiere a la responsabilidad parental, la competencia reside, por regla general, en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de *residencia habitual del niño*. No obstante, existen excepciones a esta norma. Así pues, en caso de cambio de residencia legal (traslado) del menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la antigua residencia habitual del menor que ya han dictado una resolución en materia de responsabilidad

parental (en particular por lo que se refiere al derecho de visita) siguen siendo competentes siempre que se cumplan determinadas condiciones. Además, los padres pueden aceptar que la jurisdicción que pronuncia el divorcio sea también competente para pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad parental. Si se cumplen determinadas condiciones, los padres se pueden poner de acuerdo para acudir a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro con el cual el menor tiene un estrecho vínculo debido, por ejemplo, a la nacionalidad del niño.

Cuando no se puede determinar la residencia habitual del niño, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual se encuentra el menor. Esta disposición se aplica, en particular, a los casos de menores refugiados o internacionalmente desplazados como consecuencias de acontecimientos en sus países de origen. Cuando no sea posible determinar la competencia de un Tribunal en aplicación de las disposiciones específicas establecidas por el «Convenio de Bruselas II bis», cada Estado miembro podrá aplicar su legislación nacional. Por último, es posible remitir el asunto a una jurisdicción mejor situada para conocer del asunto en circunstancias excepcionales si ello redundaría en el interés superior del niño.

Corresponde a los órganos jurisdiccionales comprobar de oficio si son competentes en virtud del Reglamento. Cuando se presenta ante una jurisdicción de un Estado miembro un asunto sobre el cual no es competente, debe declararse de oficio incompetente. Si se pretende iniciar un procedimiento contra un demandado que tiene su residencia habitual en otro Estado miembro, corresponderá a los órganos jurisdiccionales comprobar si el demandado recibió el escrito por el que se inicia el procedimiento a su debido tiempo para poder preparar su defensa. Además, los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de adoptar medidas provisionales o cautelares relativas a las personas y a los bienes en casos urgentes.

El Reglamento garantiza el reconocimiento automático de toda resolución sin necesidad de un procedimiento intermedio y limitando los motivos de denegación para las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuando el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público; el demandado se ve en la imposibilidad de defenderse debido a una notificación tardía del escrito de demanda, el reconocimiento es inconciliable con cualquier otra resolución.

Para las decisiones en materia de responsabilidad parental, hay dos motivos adicionales de no reconocimiento, a saber:

- el niño no pudo ser oído;
- una persona que alegaba que la resolución supone un obstáculo al ejercicio de su responsabilidad parental no fue oída.

Una resolución sobre el ejercicio de la responsabilidad parental puede declararse ejecutiva en otro Estado miembro previa solicitud de la parte interesada (y, en el caso de las distintas regiones del Reino Unido, después de haberse registrado con vistas a su ejecución). La resolución por la que se constata la fuerza ejecutoria puede ser objeto de un recurso.

Por lo que se refiere a las resoluciones sobre asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental, cualquier parte interesada podrá solicitar a la jurisdicción competente la expedición de un certificado cuyo modelo figura adjunto al Reglamento como Anexo I y Anexo II. Se reconocerá automáticamente y se ejecutará toda resolución relativa al derecho de visita y a la restitución del niño dictada de acuerdo con las disposiciones del Reglamento en todos los Estados miembros sin que sea necesario recurrir a un procedimiento de ningún tipo (supresión del exequátur) siempre que la resolución vaya acompañada de un certificado.

El certificado expedido con el fin de facilitar la ejecución de la resolución no es susceptible de ningún recurso. No obstante, es posible emprender una acción de rectificación cuando el certificado no refleje correctamente el contenido de la resolución. El procedimiento de ejecución viene regulado por el Derecho nacional del Estado miembro de ejecución.

Es necesario distinguir también la resolución por la que se reconoce el derecho de visita de las modalidades prácticas del ejercicio. El juez del Estado miembro de ejecución puede determinar las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de visita si no se previeron las disposiciones necesarias en la resolución de los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro donde se dictó la resolución relativa al derecho de visita. Al determinar las modalidades prácticas, el juez debe respetar no obstante los elementos fundamentales de la resolución.

Cada uno de los Estados miembros debe nombrar a una Autoridad Central para ayudar a aplicar este reglamento. La Autoridad Central en España es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Ministerio de Justicia, c/ San Bernardo N° 62, 28071 Madrid (www.mjusticia.es).

La jurisprudencia más reciente en relación con España es *H (A Child)*, *Re* [2009] EWHC 2280 (*Fam*), donde se puede apreciar la labor de la cooperación judicial internacional, el examen sobre competencia y en especial la retención de la competencia por los órganos jurisdiccionales que han conocido sobre un menor previamente al traslado ilícito de este a otro estado miembro.

2. En Inglaterra y Gales

En Inglaterra y Gales las cuestiones sobre hijos menores de edad están reguladas por la *The Children Act 1989*. Este Acta parlamentaria cubre el tratamiento judicial en caso de conflicto sobre visitas, residencia, asuntos económicos, etc... Se pueden solicitar órdenes judiciales sobre menores de dieciocho años. Estas demandas son totalmente independientes a la demanda de divorcio en el caso de matrimonios. Normalmente son conocidas por otro Juez distinto al que conoce el divorcio o el proceso sobre resoluciones económicas y pueden presentarse al mismo tiempo que la demanda de divorcio, durante, o después.

Durante el proceso sobre menores el Tribunal si lo estima necesario para el caso nombrará un representante del departamento CAF/CASS (asistentes familiares del Juzgado), normalmente trabajadores sociales, educadores infantiles etc. para que tras valorar al menor/es y a los padres haga recomendaciones al Tribunal por medio de un informe escrito. A veces por urgencia este informe puede ser oral. Las recomendaciones son generalmente sobre custodia, visitas, permiso para cambio de domicilio, asuntos médicos, de religión, educación etc. Es poco probable que el Juez entreviste al menor/es personalmente. En los casos que el nivel de conflicto entre las partes u otras circunstancias excepcionales lo requieran, el Juez ordenará que el menor esté representado independientemente.

Para pensiones de alimentos hay un departamento gubernamental *Child Support Agency* que determina la cuantía de las pensiones por alimentos para menores. Este Departamento opera fuera de la jurisdicción de los tribunales y resuelve los casos en los que ambas partes residen en el Reino Unido y cuando los ingresos de la parte que aporta la pensión de alimentos no sobrepasa las £100.000 anuales. En la actualidad se pide el 15% de los ingresos netos por un menor, el 20% por dos menores y el 25% si se trata de tres o más. Este departamento cuenta con su propio procedimiento ejecutivo.

La sucesión *mortis causa* en el Derecho Alemán

Carmen Bascón-Rauscher

Abogada en ejercicio en Alemania

Profesora de Derecho Comparado en la Universidad de Bayreuth (Alemania) y ex-magistrada

I. INTRODUCCIÓN

El motivo de la elección del contenido de esta ponencia no ha sido arbitrario, sino que responde al propósito cierto de mostrar de forma somera y en breves pinceladas, las especialidades de la sucesión mortis causa en el Derecho alemán, con especial detenimiento en aquellos elementos que lo diferencian de la regulación prevista en Código Civil.

La regulación se extiende principalmente en:

- Libro 5º del BGB (§§ 1922 a 2385 BGB)
- Derecho patrimonial § 857 BGB. Posibilidad de heredar la posesión de bienes
- Derecho de familia § 1371 BGB que regula la pensión compensatoria mortis causa en el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias
- Derecho tributario. Impuesto de Sucesiones y cuotas exentas

El BGB regula tres tipos de sucesión mortis causa: la sucesión legal, la forzosa y la voluntaria con sus modalidades de contrato sucesorio y testamento

II. LA SUCESIÓN LEGAL

Está prevista por la ley para cuando no exista testamento o sus disposiciones devengan nulas. Se prevén diferentes órdenes en la sucesión dependiendo de la proximidad parental.

1º orden:

Los descendientes del causante, § 1924 I BGB. También nietos y bisnietos.

2º orden:

Los padres del causante y sus descendientes § 1925 I BGB. También hermanos, sobrinos y sus descendientes.

3º orden:

Los abuelos del causante y sus descendientes. § 1926 I BGB. También tíos y primos del causante y sus descendientes.

4º orden:

Los bisabuelos del causante y sus hijos (tíos abuelos). § 1928 I BGB.

5º orden:

Parientes lejanos del causante y sus descendientes. § 1929 I BGB

El Estado.

Los herederos de un orden anterior excluyen a los herederos del orden posterior (§ 1930 BGB). Se habla de la primacía del rango inferior. En la práctica significa que los herederos de 2º orden heredarán solo en el caso de que no exista ningún posible heredero en el primer orden. Los herederos del 3er orden solo podrán heredar cuando no haya herederos del 2º orden y así sucesivamente.

Dentro de un orden heredarán primero los parientes más próximos al causante que los más lejanos, es decir, heredan primero los padres del causante (2º orden) o los abuelos (3er orden). Si estos han fallecido heredarán sus descendientes. En el 2º orden heredarán primero los padres y después los hermanos del causante. En el tercer orden heredarán primero los abuelos y a falta de éstos sus descendientes. Si los tíos del causante han premuerto, heredarán sus primos.

El cónyuge viudo heredará junto con los parientes de primer y segundo orden (§ 1931 BGB), pero elimina a los parientes de posteriores grados y al Estado.

La herencia se adquiere por los herederos de forma automática y desde el mismo momento de la muerte del causante, por imperativo legal (§ 1942 BGB).

Además se transmite al heredero/os la totalidad del patrimonio del causante, formando una comunidad hereditaria. La aceptación se produce en la práctica de forma tácita por la voluntad de los herederos de seguir en la posesión de la herencia o por la no repudiación de la misma dentro de las 6 semanas siguientes a la apertura de la sucesión.

Por otra parte se puede repudiar siempre que no haya sido aceptada de forma tácita o que no se haya dejado transcurrir el plazo de 6 semanas fijado por la ley (§ 1943 BGB). La repudiación se puede llevar a cabo ante el Juzgado de Sucesiones o ante Notario, debiendo constar en Escritura pública.

III. SUCESIÓN FORZOSA

El principio general de libertad de testar que rige el sistema sucesorio alemán está limitado mediante la llamada sucesión forzosa. Cada causante puede fijar libremente el contenido de su testamento, y puede también instituir herederos de su preferencia. Sin embargo, esta libertad queda limitada cuando el testador excluye del derecho a la sucesión a sus parientes de primer orden (descendientes y padres) o a su cónyuge, privándoles de la cuota que les hubiera correspondido en la sucesión legal o intestada.

Para evitar los perjuicios de la exclusión en la sucesión, la ley prevé una cuota obligatoria o legítima. No obstante, estos legitimarios no son considerados como herederos del testador, sino simplemente conservan un derecho o acción para reclamar la suma de dinero correspondiente a la mitad (1/2) de la cuota que se prevé para ellos en la sucesión legal. Por tanto, los legitimarios no son coherederos sino acreedores de la herencia.

Según el § 2303 tienen derecho a la legítima los descendientes del testador, su cónyuge viudo y sus padres y ascendientes. Estos últimos únicamente en el supuesto de que no existan los primeros.

Existen algunas particularidades respecto de la legítima del cónyuge viudo con independencia del régimen económico matrimonial al que estuviera sometido el matrimonio. En el supuesto de haber existido un régimen de comunidad de bienes, el cónyuge viudo recibirá su cuota correspondiente a la mitad de la cuota que le hubiera correspondido en la sucesión legal. En el supuesto de separación de bienes la cuota del cónyuge viudo dependerá del número de descendientes legitimarios. Si existen descendientes de primer orden del causante (hijos y nietos), el cónyuge viudo recibirá de ½ a ¼ de la herencia. Si existen descendientes de segundo orden (padres y descendientes) la cuota legítima será de ¼ de la herencia.

Por el contrario, si los efectos económicos del matrimonio estaban sometidos al régimen legal o de participación en las ganancias, la cuota legítima del cónyuge viudo dependerá del resultado de la liquidación obligatoria del patrimonio de los cónyuges para la determinación de las ganancias obtenidas por cada uno de los cónyuges. Sin embargo, por regla general se produce un incremento general del ¼ de la cuota del cónyuge viudo, siempre que se renuncie, salvo supuestos especiales a llevar a cabo una liquidación patrimonial.

El cónyuge sobreviviente tiene la posibilidad, en determinadas circunstancias, de manobrar de tal forma que pueda influir en su cuota, con independencia de que haya sido sea instituido heredero de forma legal o testamentaria. Por ejemplo podrá repudiar la herencia y por tanto sólo recibe lo que se llama la legítima corta que equivale a ½ de la cuota que le

correspondería en la sucesión legal. También puede reclamar las ganancias que le corresponden como consecuencia de la liquidación del sistema económico de participación, puesto que esto puede repercutir de forma positiva en su cuota, si el causante había conseguido un importante incremento patrimonial durante el matrimonio

He aquí unos supuestos prácticos para su comprensión

SUPUESTO 1

PETER ha instituido heredero a su sobrino NORBERT. Después del fallecimiento de Peter reclaman:

- a) Su viuda Petra con la que convivió el causante en régimen de separación de bienes
- b) Su madre María
- c) Su hijo Alex
- d) Su nieto Erich (hijo de Alex)
- e) Su hermano Bruno

¿Quiénes de estas personas tienen un derecho sobre la herencia de Peter?

Su viuda Petra es legitimaria de Peter según el § 2303 BGB y por tanto le corresponde un derecho a reclamar frente a Norbert su cuota legítima ascendente a la mitad de la que le correspondería en la sucesión legal (1/3), es decir aquí 1/6.

María la madre de Peter no es legitimaria en este caso de Peter, puesto que existe otro legitimario de orden anterior como es su nieto Alex, hijo del testador que la excluye de la sucesión forzosa.

Alex es descendiente directo del testador y por lo tanto al haber sido excluido de la herencia de su padre, le corresponde también el derecho a reclamar frente a Norbert 1/6 de la herencia que es la mitad de la cuota que le hubiera correspondido en la sucesión legal.

Erich como nieto de Peter estará excluido de la sucesión forzosa ya que en este caso es su padre Alex el llamado a la sucesión forzosa (§§ 2309, 1924 Abs. 2 BGB).

Bruno no tiene ningún derecho a la legítima ya que los hermanos no pertenecen al círculo de los legitimarios.

SUPUESTO 2

Blas instituye herederos conjuntamente a sus dos hijos (Max y Moritz) y a su segunda esposa Eva con la que está casado en régimen de separación de bienes, cada uno en 1/3 de la herencia. Moritz que no se entiende muy bien con Eva pretende evitar los problemas de la división de la herencia y decide repudiar su cuota hereditaria, pensando que podrá reclamar frente a Eva su cuota como legitimario

¿Tiene derecho Moritz a reclamar su cuota legítima?

La respuesta es negativa puesto que la sucesión forzosa está reservada por la ley a aquellas persona que sean excluidas de la herencia mediante actos de disposición de última voluntad del causante (§ 2303) y en este supuesto Moritz ha recibido en el testamento de su padre su cuota legal completa (1/3) mediante la institución de heredero.

Existe, no obstante una excepción legal a esta regla (§ 1371 Abs. 3 BGB) para los supuestos de repudiación de la herencia del cónyuge viudo que convivió con el testador en régimen económico de participación en las ganancias.

SUPUESTO 3

Blas que convive con su esposa en régimen de separación de bienes, instituye herederos a su esposa Eva en las ¾ partes de su herencia y el ¼ restante divide entre sus hijos Max y Moritz a razón de 1/8 para cada uno.

¿Podrán reclamar Max y Moritz, en este supuesto, su cuota legítima de Eva?

La respuesta es afirmativa puesto que Max y Moritz reciben en este caso como herederos menos cuota de la que les hubiera correspondido en la sucesión legal. Es decir, si en la sucesión legal les hubiera correspondido a cada uno de ellos 1/3 de la herencia, les corresponderá como legitimarios la mitad del 1/3, es decir 1/6 (= 4/24) a cada uno de ellos.

Por ello pueden reclamar frente a Eva (§2305 BGB) el complemento de su cuota para adecuarla a la cuota legal. Con ello Max y Moritz son considerados coherederos con 1/8 (=3/24) en la herencia de su padre, junto con la viuda Eva. Pero además tienen como legitimarios un derecho contra Eva para el pago de la suma correspondiente a la legítima de cada uno de ellos (1/24). Esta cuota tiene, sin embargo, la consideración de deuda de la herencia.

Si en el mismo supuesto Moritz se decidiera a repudiar la herencia de su padre, perdería el derecho a completar su cuota como heredero (§2303 Abs. 1 S.1 BGB), pero por el contrario conservaría su derecho a reclamar contra Eva la suma de dinero correspondiente a su cuota legítima (1/24).

SUPUESTO 4

Blas dispone en testamento que además de 1/6 de su herencia, deja a cada uno de sus hijos un legado de 20.000 €. A su vez lega a su sobrino Norbert un terreno para edificar. Después de la muerte de Blas sus hijos repudian los legados y aceptan la herencia. Además negándose a cumplir con la voluntad de su padre, se oponen a la transmisión de la propiedad del terreno.

¿Tiene Norbert derecho a reclamar contra Max y Moritz?

La respuesta es negativa puesto que los legados que reduzcan la legítima se tienen por no constituidos.

SUPUESTO 5

Blas, que cambia de idea, decide instituir a su esposa Eva como única heredera y deja a sus hijos Max y Moritz en una suma de 5.000 como legado.

¿Pueden reclamar Max y Moritz en este caso su legítima?

- a) en el supuesto de un caudal hereditario de 18.000€
- b) o cuando el caudal hereditario es de 36.000€.

Según el § 2307 Abs. 1 BGB, Max y Moritz podrían reclamar su cuota legal completa si repudian los legados (§ 2189 BGB). Esta posibilidad existe tanto si el legado cubre como si sobrepasa la cuota legal. Por otra parte, Max y Moritz podrían también aceptar el legado y, en caso de que no cubriera el valor de la cuota legal reclamar contra Eva la diferencia para cubrirla (§§ 2305, 2307 Abs. 1 BGB).

Si el caudal hereditario es de 18.000 €, Max y Moritz no deberían repudiar el legado de 5.000 €, puesto que sus legítimas ascienden a 3.000 € (1/6 de 18.000 €) cada uno.

En cambio si el caudal hereditario es de 36.000 € la cuota legítima representaría 6.000 € y por lo tanto Max y Moritz podrían elegir bien en reclamar la diferencia de 1.000 € para completar la cuota o repudiar los legados y reclamar de Eva la legítima completa de 6.000 €.

IV. SUCESIÓN VOLUNTARIA

1. CONTRATO SUCESORIO

El § 1941 I BGB (*Bundesgestzbuch*) permite que un causante pueda instituir heredero, así como ordenar legados y cargas mediante el llamado contrato sucesorio. Sin embargo su regulación específica está contenida en los §§ 2274 a 2302 del BGB.

El contrato sucesorio tiene una doble naturaleza jurídica puesto que por un lado se trata de una disposición *mortis causa* del causante, pero precisa a la vez del consentimiento de la otra parte contractual, no obstante, supone un contrato *sui generis* ya que deviene eficaz únicamente con la muerte del causante. Por ello no son de aplicación a estos contratos las disposiciones del BGB referentes a las obligaciones contractuales incluso en aquellos supuestos habituales de pactos sucesorios entre cónyuges o en los que el causante instituye a una persona como su heredera y ésta se compromete a su vez a llevar a cabo una prestación vitalicia.

Esta doble naturaleza se pone de manifiesto también respecto de los requisitos de capacidad necesarios por la celebración de un contrato sucesorio, ya que se requiere la capacidad reforzada del causante. Por un lado deberá disponer de la capacidad necesaria exigida por la ley para poder testar (§§2229, 2230 BGB) pues el contrato sucesorio es un acto personalísimo de disposición de última voluntad, pero por otro deberá disponer también de la capacidad de obrar suficiente para celebrar negocios jurídicos (§§ 104 y ss.) puesto que celebra a la vez un contrato.

La falta de capacidad del causante no puede ser suplida, salvo en los casos excepcionales de contratación sucesoria con el cónyuge o pareja de hecho. En estos casos, se podrá sustituir la falta de capacidad del causante con el consentimiento de su representante legal o la autorización judicial.

Sin embargo, esta capacidad reforzada solo es exigible respecto del causante, puesto que la otra parte contractual que interviene en el contrato únicamente precisará de la capacidad para celebrar el negocio jurídico de que se trate, ya que no realiza ninguna disposición de última voluntad. Por tanto, el contrato sucesorio podrá ser celebrado por un representante legal mediante el otorgamiento del poder correspondiente.

Para su validez, los contratos sucesorios tienen que ser celebrados ante Notario, en presencia de ambas partes contratantes y deberán hacerse constar en Escritura pública. Esta exigencia formal facilita la prueba de la existencia del contrato sucesorio y evita la posibilidad de que el causante lleve a cabo disposiciones de última voluntad de una forma apresurada. Por otra parte, la presencia de Notario garantiza a su vez la validez de las disposiciones que se adopten, ya que estos contratos están sometidos al control judicial. Con ello queda excluida la posibilidad de redactar contratos sucesorios privados u ológrafos y cualquier otra de las formas extraordinarias previstas legalmente para el testamento.

Mediante el contrato sucesorio cualquier persona podrá llevar a cabo disposiciones de última voluntad siempre y cuando se refieran a la institución de heredero, de legados o otros gastos o cargas que deba soportar la herencia. Sin embargo, los contratos sucesorios no podrán hacer referencia a disposiciones de otra índole como por ejemplo la ejecución o el reparto del caudal relicto, puesto estas disposiciones solo pueden ser adoptadas de forma unilateral y personalísima por el testador mediante el testamento, de tal forma que siempre exista posibilidad de modificación.

Además, deberá contener por lo menos una disposición de origen obligacional puesto que si falta esta disposición, estaríamos en presencia de una o varias disposiciones de última voluntad adoptadas por el causante de forma aislada que únicamente pueden ser consideradas como disposiciones testamentarias, bien individuales, si fueron adoptadas de forma personal por el causante o mancomunadas, si fueron adoptadas por ambas partes. Como consecuencia, no se podrán aplicar a estas disposiciones la normativa correspondiente al contrato sucesorio, sino las normas relativas a los testamentos.

Las disposiciones contractuales de última voluntad no pueden ser revocadas unilateralmente por el causante ya que queda obligado a su cumplimiento con la celebración del contrato, si bien podrá reservarse expresamente el derecho a adoptar alguna modificación de las mismas. No obstante, el causante no podrá llevar a cabo una modificación global de las disposiciones de última voluntad ya que esto equivaldría a reconocerle el derecho a la resolución unilateral del contrato sucesorio no prevista por la ley.

Para que la modificación de un contrato sucesorio sea válida deberá mantener intactas aquellas disposiciones que ya sean vinculantes para el causante. En otro caso estaremos en presencia de un testamento y no de un contrato sucesorio.

La eficacia vinculante del contrato sucesorio se refiere únicamente a la libertad de testar del causante, porque las obligaciones contractuales pactadas no limitan la libertad de disposición *inter vivos* de los contratantes y por ello las partes contractuales conservan la facultad para poder resolver el contrato sucesorio, bien de forma conjunta, mediante un pacto de resolución o por el otorgamiento de un testamento mancomunado (Berliner Testament).

De todas formas, hay que determinar si se está, efectivamente, en presencia de un contrato o pacto sucesorio, puesto que no toda disposición de última voluntad recogida en un contrato tiene dicha consideración. El carácter contractual de la disposición de última voluntad deberá ser declarado expresamente por las partes contractuales haciéndolo constar en la Escritura pública. También existen hechos o datos que evidencian la voluntad contractual de la disposición aunque no haya sido mencionada expresamente, como por ejemplo, cuando de la otra parte contractual acepta la disposición *mortis causa* del causante, aun cuando dicha aceptación sea tácita.

En cambio la declaración pura y simple del carácter contractual de las disposiciones *mortis causa* no es suficiente para la atribución de este carácter, sobre todo cuando el causante adopta además y de forma conjunta otras disposiciones *mortis causa* diferentes y que nunca pueden ser objeto de un contrato sucesorio.

Por ello la falta de una declaración expresa de las partes sobre el carácter contractual de la disposición *mortis causa* conlleva un examen específico e individual de cada una de las disposiciones de última voluntad que contiene el contrato sucesorio (33 133, 157 BGB) para de esta manera poder determinar si se está en presencia de un pacto sucesorio o de una disposición testamentaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (BGH 106,359) otorga, por ejemplo, carácter contractual a una repudiación de herencia que se hace depender de la disposición del causante por la que constituye un legado a favor de la persona que ha repudiado.

Existen diferentes formas de celebrar un contrato sucesorio, según sea unilateral, bilateral o multilateral.

El contrato sucesorio unilateral es aquel en el que una sola de las partes contractuales lleva a cabo la disposición *mortis causa*, mientras que la otra asume simplemente una obligación

ya sea onerosa o gratuita. Un ejemplo típico de este contrato sucesorio es aquel en el que una de las partes (causante) instituye heredero a la persona que se compromete a cuidarle de forma vitalicia. Sin embargo, a pesar de contener obligaciones de carácter sinalagmático o recíproco, no le son de aplicación las normas reguladoras de este tipo de contratos, dado el carácter sui generis de la institución.

El contrato sucesorio puede ser impugnado, si bien hay que hacer distinción entre la impugnación de las disposiciones de la parte contractual que no es causante, la impugnación de las disposiciones obligacionales vinculantes del causante y la impugnación de aquellas otras disposiciones adoptadas de forma unilateral por el mismo, pues dependiendo de ello serán diferentes sus requisitos, formalidades y plazos.

2. TESTAMENTO MANCOMUNADO. *BERLINER TESTAMENT*

Es aquel en el que varios causantes manifiestan de forma conjunta su voluntad unilateral de disponer de su propio patrimonio para después de su muerte.

En el supuesto práctico de que Peter y Erika se hayan prometido y se encuentren ante la disyuntiva de si deben otorgar testamento conjuntamente, de otorgar capitulaciones matrimoniales o de celebrar un contrato sucesorio, la ley le brinda algunas posibilidades.

Evidentemente no podrán otorgar testamento conjunto ya que esta forma particular está reservada por la ley solo a los cónyuges (§ 2265 BGB).

Sin embargo podrán celebrar un contrato matrimonial, puesto que este tipo de contratos pueden ser siempre modificados después de la celebración del matrimonio (§1408 BGB).

Por otra parte, tanto Peter como Erika podrán celebrar un contrato sucesorio si reúnen los requisitos de capacidad reforzada que exige la ley y siempre que sea solo uno de ellos el que haga la disposición de última voluntad.

El Testamento conjunto o mancomunado precisa una serie de requisitos para su validez, no obstante, los cónyuges pueden otorgarlo en cada una de las fórmulas prevista por la ley, es decir, abierto, ológrafo y en peligro de muerte. Por otra parte rigen reglas específicas para su interpretación y diferenciación del contrato sucesorio bilateral.

También se exigen algunas formalidades para la apertura e interpretación de aquellos testamentos en los que uno de los cónyuges lleva a cabo la disposición testamentaria haciéndola depender de la disposición mortis causa del otro cónyuge (§ 2270 Abs. 1 BGB).

Pero la característica más importante y el mayor inconveniente de estos testamentos es la imposibilidad de su revocación unilateral. La revocación, al igual que la celebración del testamento, debe hacerse de forma conjunta.

sección de extranjería

Una nueva ley para el asilo en tiempos
de crisis

Mauricio Valiente Ots

Abogado de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado
Coordinador Nacional del servicio Jurídico

El Congreso de los Diputados aprobó el pasado 15 de octubre de 2009 la *Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, que sustituye la anterior Ley 5/1984, de 26 de marzo, *del derecho de asilo y de la condición de refugiado*. A pesar del menor impacto en los medios de comunicación comparándola con la legislación de extranjería, reflejo de la escasa relevancia del sistema de asilo en nuestro país, se ha generado un debate intenso, en el que han intervenido especialistas, asociaciones especializadas en la materia, la delegación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y los grupos parlamentarios, tanto del Congreso como del Senado.

La sesión del quinto Congreso Jurídico de la Abogacía Malagueña ha coincidido con el día de la aprobación de la ley, con lo que en esta ponencia ofrece una oportunidad inmejorable para una primera aproximación a su contenido. A continuación presentaré los antecedentes y el contexto de la ley, las principales novedades que introduce, desde un punto de vista práctico de quienes prestamos la asistencia letrada, y una primera valoración global de la misma.

I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

La actual normativa se aprobó durante el primer gobierno del PSOE, cuando la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, vino a desarrollar el mandato contenido en el apartado cuarto del artículo 13.4 de la Constitución.

Esta ley de 1984 contemplaba dos figuras distintas de protección, el asilo y el refugio, con un estatuto diferenciado para cada una. Concebía el asilo en su artículo 2 como una protección graciable dispensada por el Estado en el ejercicio de su soberanía. Esta figura, teóricamente más ventajosa, puesto que implicaba autorización de residencia y de trabajo, adolecía de tan alto grado de indeterminación y dejaba tan amplio margen a la arbitrariedad del ejecutivo que, en la práctica, resultaba más precaria, hasta el punto de que la ley excluía la posibilidad de recurrir las denegaciones de asilo. Tuvo que ser la jurisprudencia la que fuera limitando la discrecionalidad administrativa y declarase su competencia para revisar las decisiones del gobierno pese a lo dispuesto en la ley¹.

En España, a pesar de lo avanzado de algunos de sus aspectos, la aplicación de la ley se caracterizó, en general, por un enfoque muy restrictivo, alejado del espíritu de la Convención de Ginebra de 1951. Por otro lado la posibilidad de una ampliación de la protección mediante la figura del asilo, en teoría más generosa que la del refugio, nunca se utilizó y la duplicidad generó confusión sin aportar un compromiso mayor del Estado español.

Tras diez años de vigencia, la ley española se reformó en 1994², motivada entre otras razones por el Acuerdo de Londres de 1992 en el que los países de la Unión Europea trataron, según sus propias palabras, "impedir la utilización fraudulenta con fines de inmigración

del sistema de protección a los refugiados". Entre las modificaciones legales que introdujo la reforma destacan la reducción a una sola de las dos figuras de asilo y refugio, y la introducción de una nueva fase de admisión a trámite para, en teoría, agilizar los expedientes al descartar en un primer momento de la tramitación los supuestos claramente infundados. La ley incluyó indudables mejoras técnicas y de protección de los derechos de los refugiados, pero, al mismo tiempo, incorporó figuras muy restrictivas tomadas de otros países europeos, como la detención en el procedimiento en frontera³.

A pesar de lo anterior, comparada con la normativa de los países del entorno, la ley de 1984 vigente hasta ahora puede calificarse de avanzada. Le ley por ejemplo recogió un procedimiento para solicitar asilo por vía diplomática, concedió un papel relevante al ACNUR, que podía, entre otras cosas, paralizar una devolución en puesto fronterizo con su informe, y estableció un régimen de residencia permanente para los refugiados, que incluía la posibilidad de reagrupar a los cónyuges y parejas de hecho con análoga relación de afectividad y convivencia⁴. Este carácter avanzado de la ley es fundamental tenerlo en cuenta para valorar el nuevo texto que se acaba de aprobar.

La política europea de asilo arranca con la incorporación de esta materia en el Tratado de Ámsterdam de 1997. La primera fase en la construcción del sistema europeo común, tal y como se recogió en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, se consolidó con el programa de La Haya de 2004, abriéndose ahora una segunda fase con el programa de Estocolmo de 2009; este proceso ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que debían ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno, entre las que destacamos:

- Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.
- Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

³ Esta medida provocó que el Defensor del Pueblo, a instancias de las organizaciones de defensa del derecho de asilo en España como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), presentara un recurso de inconstitucionalidad, que fue finalmente desestimado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de febrero de 2002, recurso de inconstitucionalidad 2994/94. El TC declaró que la nueva redacción del artículo 5, apartado 7, párrafo tercero de la ley no contenía "restricciones directas" al derecho fundamental del artículo 17.1 CE, sino restricciones singulares sobre el modo, tiempo y lugar en que determinados extranjeros (los solicitantes de asilo) gozan de la libertad personal que reconoce la Constitución por lo que dicho artículo "no constituye un desarrollo frontal del derecho a la libertad personal" ni "una limitación esencial de aquella libertad personal, que son los supuestos en que —de acuerdo con el artículo 81.1 CE— se exige reserva de ley orgánica. La sentencia tuvo cuatro votos particulares.

⁴ Una visión general del procedimiento, desde el punto de vista de su aplicación práctica, puede consultarse en el manual publicado por el servicio jurídico de CEAR, *Manual de procedimientos de asilo en España*, Madrid-2002.

¹ Para una revisión del proceso véase el capítulo *Derecho de asilo* de la publicación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España *Treinta años de derecho de asilo en España*, pp. 115-126; y Diego López Garrido, *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid-1991. Una amplia reflexión sobre estos temas puede encontrarse en Fernando M. Mariño Menéndez, "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho europeo", en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*, Trotta, Madrid-2002, pp. 463-482, y Pablo Santolaya Machetti, *El derecho de asilo en la Constitución europea*, Lex Nova, Valladolid-2001, pp. 17-34.

² Por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

El resultado del proceso de armonización ha defraudado las expectativas generadas, ya que los intereses de los Estados, sobre todo en cuestiones de seguridad y relacionadas con la inmigración, han primado por el derecho de asilo y una aplicación coherente de la Convención de Ginebra de 1951. Con todo, las directivas de la UE son normas mínimas que no pueden constituir en ningún caso un pretexto para un recorte de la legislación nacional; de este carácter para el proceso de armonización se desprende que los Estados miembro tienen la posibilidad de mantener disposiciones más favorables, siempre que tales sean compatibles con lo dispuesto en las directivas comunitarias.

Por lo tanto, la nueva ley ofrecía la oportunidad de mantener el carácter avanzado de nuestra legislación, coherente con la memoria histórica de los miles de refugiados españoles que tuvieron que buscar acogida durante un exilio muy prolongado, máxime en el contexto actual de avance en Europa de posiciones insolidarias e, incluso, xenófobas, al mismo tiempo que se avanzaba en la tímida armonización acordada en la UE. Como veremos a continuación, el resultado no ha satisfecho las expectativas.

A finales de 2005, el gobierno anunció su intención de proponer una nueva ley de asilo al parlamento para la actualización de nuestro marco normativo y preparó un primer texto al que no se dio publicidad. No fue hasta octubre de 2008 que se conoció el borrador anteproyecto de la *Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, todo hay que decirlo, al margen de los canales oficiales. El texto de la nueva ley de asilo, ya sin la consideración de borrador, fue hecho público con carácter oficial por primera vez el 28 de octubre, en comunicación directa del Ministerio del Interior a las organizaciones sociales que trabajan en este ámbito y presentado ante el Consejo de Ministros tres días más tarde.

Esta falta de transparencia y debate previo ha marcado de manera significativa la tramitación parlamentaria, ya que el proyecto adolecía de un marcado desequilibrio, al prevalecer el punto de vista de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior; a juicio de las organizaciones sociales, el texto poco coherente con la defensa de la institución del asilo, contradictorio con algunos de los contenidos de las directivas a transponer y suponía un serio retroceso en comparación con la normativa vigente hasta el momento. A partir de las propuestas formuladas por las organizaciones sociales, en especial CEAR y Amnistía Internacional, así como el ACNUR, el texto ha sido modificado en profundidad en el trámite del Congreso de los Diputados y el Senado⁵.

La oportunidad de esta ponencia no permite realizar un análisis exhaustivo de la ley, por lo que me centraré en las principales novedades en el ámbito de aplicación de la misma, los cambios en el procedimiento administrativo más significativos y el régimen de los estatutos de protección.

⁵ Ambas organizaciones mantuvieron reuniones bilaterales con los grupos parlamentarios, participaron en una comparecencia de la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados y celebraron una reunión con la ponencia del Senado, donde al final se introdujeron cambios significativos a pesar de la rapidez del proceso en la cámara alta; los debates y comparecencias se pueden consultar en las páginas web oficiales del Congreso y el Senado.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY Y DEFINICIÓN DE LOS ESTATUTOS DE PROTECCIÓN

Al delimitar el objeto de la ley, el artículo 1 hace referencia al derecho de asilo y la protección subsidiaria que podrán gozar en España sólo los nacionales no comunitarios y los apátridas, a diferencia del redactado vigente que reconocía el derecho de todos los extranjeros a solicitar asilo. Se excluye por tanto la posibilidad de solicitar asilo a todos los ciudadanos nacionales de la Unión Europea, al partir de la presunción de que los Estados miembros son países de origen seguros, de forma que sólo podrían darse casos de persecución de manera excepcional.

Esta opción consagra la práctica de considerar a todos los países de la Unión Europea como seguros *prima facie*, sin atender a las circunstancias concretas de cada caso, cuando la reciente historia nos muestra cómo su vocación por constituirse en un espacio de derechos y libertades no ha impedido que en la realidad cotidiana se hayan presentado casos de persecución, torturas y tratos degradantes, hechos que en algunos casos han sido condenados por tribunales internacionales.

Con todo, excluir a los ciudadanos comunitarios del amparo del derecho de asilo contradice la letra de la Convención de Ginebra de 1951 y del artículo 13.4 de la Constitución Española, que no permite excluir ni discriminar a nacionales de terceros países del ámbito de aplicación de esta institución en su regulación legal, por lo que no sería descartable la interposición de un recurso de inconstitucionalidad.

Por otra parte, en el artículo 3 se amplía la definición de refugiado incluida en la Convención de Ginebra, al considerar como tal a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual; es cierto que estos dos últimos motivos, no recogidos con carácter expreso en la Convención de Ginebra, venían aplicándose en la práctica y se podían reconducir al resto con una interpretación adecuada, pero su mención permite una mayor visibilidad y es un paso positivo. No se ha recogido la propuesta de hacer una mención a la trata, cuyas víctimas se enfrentan a unas casi infranqueables dificultades en el acceso a la protección, aunque este supuesto puede recogerse en la persecución por razón de género.

Con el antecedente de ley de igualdad, que modificó en 2007 la ley de asilo para hacer mención expresa de la persecución por razón de género, el actual artículo séptimo se remite a las circunstancias imperantes en el país de origen para incluir a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, de edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo. La redacción es redundante, ya que la protección internacional siempre se refiere a las circunstancias del país de origen, pero es un paso muy positivo el cambio de la referencia de mujeres a personas, que permitirá ampliar su ámbito de aplicación.

En el artículo 10 de la ley, que recoge el contenido de la directiva europea 2004/83/CE, se define el derecho a la protección subsidiaria como el dispensado a las personas de otros países que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo, se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los siguientes daños graves:

- La condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material.

- La tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante.
- Las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno (no individualizadas).

Teniendo en cuenta que la expresión *daños graves* es un concepto jurídico indeterminado, resulta poco conveniente concretarlo en un listado *numerus clausus*, ya que la práctica y la jurisprudencia han ido amparando diferentes situaciones como resultado de los tratados internacionales suscritos por España, sin embargo, la amplia interpretación que puede hacerse del segundo supuesto (tratos inhumanos y degradantes) y la supresión en el debate de la necesidad que la violencia indiscriminada se tradujera en amenazas individualizadas, permite una utilización amplia de esta figura de protección subsidiaria.

En los artículos 9 y 11, se han introducido nuevas causas de denegación, (para las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, y para aquellas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad), que inicialmente se contemplaban como causas de exclusión. La regulación de esta materia es relevante de la prioridad que se está dando en estos momentos a las políticas de seguridad.

Los artículos suponen la inclusión de estos supuestos que, a pesar del cambio de denominación, conllevan una ampliación de las cláusulas de exclusión previstas en la Convención de 1951; es obvio que el recurso utilizado por la ponencia del Congreso de los Diputados de crear un nuevo artículo con unas causas de denegación diferentes de las de exclusión no resuelve el fondo del problema. Esta insistencia resulta muy preocupante en términos de protección internacional, ya que se trata de una nueva circunstancia en la que se niega el acceso a la protección internacional no prevista en los instrumentos internacionales.

En la Convención de Ginebra este supuesto se constituye como una excepción al principio de no devolución que el artículo 33 reconoce a los refugiados, al permitir el traslado del refugiado a fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre. Se trata de una previsión que exige un reconocimiento previo del estatuto de refugiado. La naturaleza jurídica de esta figura en la Convención de Ginebra no es por tanto en ningún caso la de una causa de exclusión del estatuto ni puede serlo en nuestro ordenamiento jurídico.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ASILO

Lo primero a destacar en este tema es la desaparición de la referencia actualmente vigente en nuestra normativa de la posibilidad de solicitar asilo en las misiones diplomáticas o embajadas españolas en el extranjero, lo cuál constituye un grave retroceso y cierra otra puerta más a la escasa protección internacional efectiva de quienes se ven obligados a abandonar sus países de origen. No existía argumento alguno que justificara dicha restricción; la directiva de procedimientos no la prohíbe, únicamente recoge que dicha norma no será de aplicación a las solicitudes en embajadas y consulados (artículo 3.2), dejando, pues, esa posibilidad a la propia regulación de los Estados.

Como sustitutivo se ha recogido en el artículo 38 que, con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del

país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física, los embajadores españoles podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en la ley. Remitiéndose al reglamento de desarrollo determinar las condiciones de acceso a las embajadas y consulados, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos.

Aunque es positivo el procedimiento introducido en la ley y que se remite ahora a un posterior desarrollo reglamentario, es preciso destacar que la posibilidad discrecional del embajador para permitir el traslado a España de personas en riesgo (por lo tanto, ante cuya decisión no cabrá recurso alegando el incumplimiento de la Convención de Ginebra) no supone el mantenimiento de la vía diplomática; tampoco se entiende que, si este mecanismo no inicia el procedimiento de asilo (sólo se solicite el traslado), se excluyan a los nacionales del país donde se ubique la embajada; un retroceso injustificado y de especial gravedad ante los obstáculos ya existentes para acceder al procedimiento en territorio español.

En el artículo 20 se establecen las solicitudes inadmisibles en territorio y hace referencia al concepto de país seguro. En la argumentación del Ministerio del Interior, se recuerda que la directiva 2005/85 prevé esta posibilidad como un opción de los Estados miembro y añade que España no ha utilizado listas de países de origen seguros o de países terceros seguros, lo que no significa que no lo pueda hacer en el futuro, máxime con la nueva redacción que se propone. Que fuera una opción deja bien claro que habría no haber hecho referencia a este mecanismo, máxime cuando en el análisis de cada caso, conforme a la Convención de Ginebra, hay que remitirse a las circunstancias de cada caso.

Entrando en las circunstancias que determinan la inadmisibilidad de las solicitudes de asilo en territorio, extraña la referencia recogida en el apartado b), al no existir en estos momentos otros convenios internacionales que el hoy acogido en el reglamento de la UE 343/2003, conocido como Dublín II y al que ya hace referencia la letra a). El proceso de externalización de nuestras fronteras hace temer que se firmen acuerdos en este sentido con países de tránsito, sin las garantías jurídicas reales para las personas en busca de protección internacional. Si la aplicación de esta previsión se suma a un mal empleo del mecanismo que ahora se califica como de urgencia, podemos concluir que los motivos de inadmisión se pueden ampliar de forma considerable.

En el artículo 21 se establecen las solicitudes inadmisibles en puestos fronterizos. La introducción de un procedimiento de asilo en frontera fue una de las principales novedades introducidas por la ley 9/1994, sometida a un recurso de inconstitucionalidad, que al final fue desestimado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/2002, de 27 de febrero. En este artículo se modifica el régimen actual, al ampliarse los plazos y los motivos, con un endurecimiento muy preocupante.

Como un razonamiento previo, no se entiende que, para la admisión de solicitudes a trámite, se establezcan diferencias en función de que la petición se produzca en territorio o en puesto fronterizo. Es evidente que una perspectiva global e incluyente de los derechos humanos no soporta esta distinción salvo por circunstancias que tienen que ver con un mero control fronterizo y no con la atención a la necesidad de protección de las personas. Una diferenciación de circunstancias que, además, no encuentra soporte alguno en ninguna de las directivas que se trasponen.

No sólo se amplían los plazos de detención hasta cuatro días en la solicitud inicial (más dos días en el reexamen), obviando la limitación del vigente reglamento de asilo, sino que se acumulan los motivos de admisión en territorio a los de la tramitación de urgencia y se mantiene el concepto arbitrario de solicitudes manifiestamente infundadas, con lo que se endurece de manera significativa este mecanismo que permite rechazar las solicitudes sin estudiar el fondo de las mismas. La referencia a alegaciones *insuficientes* introduce un nuevo concepto jurídico indeterminado que, en la práctica, está unido a la actitud o la formación del entrevistador que, en muchas ocasiones, determina el contenido, la extensión y los detalles recogidos en la solicitud inicial.

Mención especial merece la posibilidad de utilizar las causas de exclusión en un procedimiento en frontera, desoyendo en este punto la doctrina y la posición del ACNUR al respecto según sus *Directrices sobre protección internacional de 2003*⁶. La doctrina especializada aconseja valorar primero la inclusión antes que la exclusión ya que si no se corre el riesgo, entre otros, de criminalizar a los refugiados. La aplicación de las causas de exclusión es una decisión lo suficientemente grave (la posibilidad de excluir a una persona de protección internacional) como para hacerse de un modo, no sólo motivado, sino detenido, tras un proceso contradictorio. La instrucción del expediente es precisamente la que permite que se consideren las obligaciones de protección a los familiares o la distinción en un caso concreto de un procesamiento penal como acto de persecución.

La ley, tras las críticas dirigidas al proyecto, ha optado por una solución inadecuada, al establecer la posibilidad de ampliar el plazo diez días más (recordemos que en estos procedimientos la persona permanece en el puesto fronterizo o el buque en el que ha viajado como polizón), por resolución del Ministro del Interior y previa petición del ACNUR. Esta medida supone un incremento injustificado del tiempo en que la persona permanece sometida a una presión muy dura, sin que sea suficiente para poder evaluar el fondo de una solicitud de asilo, concurriendo una circunstancia de naturaleza tan compleja como las contempladas como causas de exclusión. Calificar la resolución de denegación en vez de inadmisión, nada cambia en el fondo.

El artículo 29 prevé que todas las medidas cautelares que se planteen, se resuelvan por el procedimiento del artículo 135 de la ley 29/1998. Es obvio que la posibilidad de acudir a la petición de suspensión de la ejecución del acto en el momento de interponer un recurso contencioso administrativo, que por otra parte es una opción que ya existe en cualquier procedimiento, no palió el grave retroceso en garantías que supone la desaparición del efecto suspensivo automático que concedía la anterior ley a las solicitudes inadmitidas en frontera con informe favorable del ACNUR. En la tramitación parlamentaria se sugirió en algún momento una suspensión automática en el momento de interponer el recurso en frontera, garantizando una revisión jurisdiccional rápida y eficaz, lo que hubiera supuesto una garantía equivalente que evitara devoluciones a los países de origen sin peligrar el principio de no devolución.

⁶ Las cláusulas de exclusión deben aplicarse "escrupulosamente" para proteger la integridad de la institución del asilo. Así lo reconoció el Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión No. 82 (ELVIA) de 1997. Al mismo tiempo, dadas las potencialmente graves consecuencias de la exclusión, es importante aplicarlas con cautela y sólo tras una valoración plena de las circunstancias individuales del caso: las cláusulas de exclusión deben interpretarse siempre de manera restrictiva.

Según el mismo artículo 29, en su apartado tercero, la persona a quien le haya sido denegada la solicitud podrá solicitar su revisión cuando aparezcan nuevos elementos probatorios, conforme a lo establecido en la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Se elimina de esta forma toda referencia al mecanismo de reexamen en territorio previsto en la anterior legislación, para la revisión de casos ante nuevas pruebas que pudieran aportarse. Con esta remisión al procedimiento ordinario de recursos, se produce una merma evidente en la situación social de los solicitantes. En la actualidad, si es admitido el estudio del reexamen, el solicitante es de nuevo documentado como "*admitido a trámite*", con todos los beneficios que ello le supone y empezando por el primero: estar en situación regular en España. Es obvio que al remitirse únicamente al régimen general, se menoscaba y empeora, sin ninguna justificación, la situación social de los solicitantes de asilo.

IV. RÉGIMEN DE LOS ESTATUTOS DE PROTECCIÓN

En el artículo 36 se establece que la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra (muy escasos), en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso:

- La protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España.
- La autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Esta equiparación entre el estatuto de refugiado y el de la protección complementaria es una de las novedades más beneficiosas de la ley, ya que permite superar la fragilidad del estatuto de protección previsto en el artículo 17.2 de la norma anterior; aunque, en el apartado c) no se ha previsto que la referencia a la residencia permanente puede perder su sentido ante la modificación propuesta de la ley de extranjería, que a partir de ahora se sustituye por la residencia de "*larga duración*".

Otro cambio positivo es el contemplado en el artículo 41, al diferenciarse la extensión del asilo y la reagrupación familiar, aunque no debería considerarse en la práctica como obligatoria esta opción en caso de familiares con distinta nacionalidad, sino que debiera configurarse como una simple opción a la que pueden acogerse. Consideramos dudoso que la normativa prejuzgue con carácter general cuál resulta el estatuto más conveniente para los familiares de un refugiado o titular de protección subsidiaria, ya que es más acertado que la toma de decisión corresponda a las personas afectadas en función de sus circunstancias personales, de naturaleza compleja.

V. CONCLUSIÓN: RETROCESO EN EL MARCO DE LA CRISIS DEL DERECHO DE ASILO

La nueva ley introduce avances significativos, como la mejora de los estatutos de protección que acabamos de señalar o la introducción de un cupo anual de reasentamiento de

refugiados en España, además de desarrollar conceptos básicos que apenas estaban esbozados en la legislación anterior e introducir una mejor sistemática del texto, pero el retroceso es significativo ante la pérdida de garantías básicas y el aumento del margen de arbitrariedad de la administración. En este sentido la nueva ley es un claro reflejo de la crisis del derecho de asilo, ante la primacía del control de fronteras, la gestión de los flujos migratorios y la seguridad, tal y como la entienden los gobiernos, sobre la protección y la aplicación coherente de los tratados internacionales.

El número de personas que piden protección en España, así como el porcentaje de respuestas favorables, que se analizan periódicamente en los informes anuales de CEAR, son muy expresivos de la crisis del derecho de asilo y su verdadero alcance. En el primer semestre de 2009, las solicitudes de asilo han descendido un 43,48% respecto al mismo periodo del año anterior (de 4177 a 2361 personas, un número irrisorio frente a los más de 20 millones de refugiados bajo mandato del ACNUR en el mundo), el 52,19% de las peticiones han sido inadmitidas a trámite (ni siquiera llegan a ser estudiadas en profundidad) y sólo se ha otorgado protección a 123 personas en España (un 5,03% del total de las resoluciones firmadas por el Ministro del Interior)⁷.

Tanto en la externalización de fronteras como en las repatriaciones se obvia el respeto al derecho de asilo y el principio de "no devolución", núcleo central de la Convención de Ginebra que no puede soslayarse y que es aplicable tanto en territorio nacional como en frontera, haya sido la persona reconocida o no como refugiada. El control de fronteras aplicado de esta forma conlleva una vulneración del derecho de acceso al procedimiento. En este punto no debemos olvidar el carácter excepcional y privilegiado del refugio en la legislación internacional y estatal, que exime de responsabilidad a los refugiados en las escasas vías de escape de sus países, ya que los perseguidos no pueden utilizar los cauces migratorios ordinarios por el peligro que conllevan para su seguridad.

Desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, la denegación del estatuto de refugiado, e incluso su revocación, ha crecido de manera considerable, ya que se les ha aplicado alguna cláusula de exclusión, según señala ACNUR⁸. Dichas cláusulas, enumeradas taxativamente en el artículo 1-F de la Convención de 1951, tienen como finalidad privar del asilo a quienes perpetren actos atroces, crímenes contra la paz o la seguridad, pero no pueden convertirse en otro mecanismo para denegar o conculcar la protección internacional por simples presunciones o la obsesión por la seguridad que encubre un afán de legitimación política. La interpretación de las cláusulas de exclusión debe ser restrictiva y ajustarse a lo previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que de lo contrario se pondría en peligro la vida y la seguridad de muchos refugiados que, de esta forma, han sido señalados como terroristas.

Este trasfondo que caracteriza la crisis del derecho de asilo es el que ha determinado que la nueva ley, pese a todos sus avances, suponga un claro retroceso y elimine garantías que habían situado a la legislación española en la vanguardia de la protección internacional.

⁷ Fuente: Boletines de asilo de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior. Los informes anuales de CEAR se pueden consultar en su página web: www.cear.es

⁸ Véase: Mariño Menéndez, Fernando M.: "Justicia penal internacional y cláusulas de exclusión del Estatuto de refugiado". *La situación de los refugiados en España. Informe 2004 de CEAR*. Catarata. Madrid, 2004. pp. 253-265.

sección derecho administrativo



La ley de la Jurisdicción Contencioso-
Administrativa ante la nueva Oficina
Judicial

Augusto González Alonso
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

ABSTRACT

El pasado 4 de noviembre de 2009 se publicaban en el Boletín Oficial del Estado las dos disposiciones normativas que permitirán finalmente implantar la nueva Oficina Judicial en una Administración de Justicia que clamaba por alcanzar el siglo XXI con un salto cualitativo sin precedentes en este ámbito del sector público. El proceso de cambio ya se inició hace unos pocos años con el acometimiento de los trabajos sustantivos, materiales y de gestión precisos para dar cumplimiento al mandato del legislador orgánico del año 2003 (Ley Orgánica 19/2003). El paso adelante, por tanto, merece una reflexión y un análisis en detalle de las novedades que se introducen en la norma procesal contencioso-administrativa por excelencia, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En el presente artículo se analizarán dichas modificaciones, siguiendo el orden de los preceptos de la ley procesal, en las que destacan por encima de cualesquiera otras las que atribuyen a los secretarios judiciales nuevas funciones en materia de admisión de las demandas, del impulso de la ejecución y las nuevas resoluciones que pueden ser dictadas por los mismos, siempre recurribles ante un Juez o un Tribunal cuando cierren el paso a la tutela judicial efectiva.

El legislador persigue que los representantes del Poder Judicial dediquen todos sus esfuerzos al rol constitucionalmente otorgado, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, descartándolos de tareas meramente administrativas o de gestión técnico-procesal, que ahora se encomiendan o clarifican como funciones propias de los secretarios judiciales, dejando a salvo, en todo momento, cuanto pueda afectar, directa o indirectamente, al ejercicio de la función jurisdiccional, en que los titulares de los órganos siguen ostentando la decisión última y trascendente.

I. ANTECEDENTES DE LA REFORMA PROCESAL PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

La modificación operada en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, sigue las líneas maestras ordenadoras de la modificación que esta última ley realiza en las dieciocho normas procesales o sustantivas que son retocadas para el alumbramiento de esta nueva organización técnico-procesal al servicio de la Administración de Justicia.

Tributaria de la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el legislador recoge finalmente en noviembre de 2009 el testigo lanzado por la disposición transitoria decimoquinta de aquella norma orgánica, que establecía un régimen transitorio para el establecimiento de las oficinas judiciales, de modo que se permitía a las Administraciones competentes (la Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia) la determinación gradual, en función de las posibilidades organizativas, técnicas y presupuestarias, del diseño y organización de las oficinas judiciales radicadas en sus respectivos territorios, conforme a la estructura básica y en los términos establecidos en la ley orgánica. En todo caso, se exigía que dicha determinación se realizase con la antelación suficiente para hacer posible que la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo y los procesos de acoplamiento y nombramiento del

personal que previó el legislador se llevasen a cabo en los plazos establecidos. El plazo que otorgó la ley orgánica para la organización de las oficinas judiciales y unidades administrativas así como para la elaboración y aprobación de las relaciones de puestos de trabajo era de quince meses a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley orgánica. Es conocido que dicho plazo ha sido ampliamente rebasado y que sólo ahora se ha conseguido vislumbrar un horizonte normativo claro para la verdadera implantación de lo que se conoce como Nueva Oficina Judicial (NOJ).

Los principios inspiradores de la reforma sobrevuelan todo el proceso desde que el 28 de mayo de 2001 los principales partidos políticos españoles suscribieron el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. En éste ya se recogía como objetivos que *"la Justicia actúe con rapidez, eficacia, y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales"*.

En consecuencia, la reforma que se emprendió en el año 2003, y de la que trae causa la reciente Ley 13/2009, convirtió a los secretarios judiciales en elemento clave del nuevo sistema organizativo, definiendo con precisión sus funciones y atribuyéndoles otras con el fin de potenciar sus capacidades profesionales. Los secretarios se convierten, así, en los directores técnico-procesales del personal que integra las oficinas judiciales, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estimen pertinentes. No sólo se les otorgan nuevas funciones, sino que se les atribuye una mayor responsabilidad y se potencia la estructura jerarquizada del cuerpo con la creación, por una parte, de la figura del secretario coordinador provincial y, por otra, en la cúspide de la carrera, dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia y encargado de la dirección y coordinación de los secretarios de gobierno y del resto de secretarios judiciales, se crea la figura del Secretario General de la Administración de Justicia (ex disposición adicional novena L.O. 19/2003).

Otras líneas maestras de la reforma de 2003 fueron el desarrollo de un estatuto actualizado del personal al servicio de la Administración de Justicia, manteniendo el carácter nacional de todos los cuerpos al servicio de dicha Administración y la exclusividad de funciones de los mismos, introduciéndose una figura novedosa para esta Administración pero que hace muchos años que constituye el principal instrumento de gestión y organización de los recursos humanos en las demás Administraciones: las relaciones de puestos de trabajo.

Todos estos principios organizativos que sentaban las bases de una nueva oficina judicial que superase el modelo decimonónico en el que aún se anclaba la Administración de Justicia, tuvieron continuidad con la aprobación de la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia (aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002), en la que se recogen, en cuatro apartados, una panoplia de derechos de los ciudadanos en relación con la Administración de Justicia, como contar con una Justicia transparente, comprensible, atenta con el ciudadano, responsable, ágil y tecnológicamente avanzada, que proteja a los más débiles, una relación de confianza con abogados y procuradores. La eficacia de la Carta de derechos se fía a la vinculación preceptiva a la misma por parte de jueces y magistrados, fiscales, secretarios ju-

diciales, médicos forenses, funcionarios públicos, abogados, procuradores y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia.

Poco tiempo después fue aprobada la Resolución de 28 de octubre de 2005, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, por el que se aprueba el Plan de Transparencia Judicial. En el mismo se fijan como objetivos implantar nuevos y modernos criterios de gestión del servicio, mejorar el acceso a la información sobre la actividad judicial y contribuir a la planificación, desarrollo y evaluación de políticas legislativas adecuadas, todos ellos bajo el objetivo estratégico de lograr una mayor transparencia. Para alcanzar esos objetivos, el plan articula unas vías instrumentales basadas en la estadística judicial, en el empleo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la Administración de Justicia, en las buenas prácticas procesales, en los registros de la Administración de Justicia, en la arquitectura judicial, en la modernización del lenguaje jurídico, en la cooperación jurídica internacional, y en el desarrollo del derecho de los ciudadanos a formular quejas, reclamaciones y sugerencias relativas al incorrecto funcionamiento de dicha Administración.

El plan de transparencia judicial ya menciona la necesidad de que se potencien las buenas prácticas procesales, entre otras medidas, favoreciendo el funcionamiento adecuado del Servicio Común de Registro y Reparto de las oficinas judiciales y el establecimiento de criterios uniformes para el registro de asuntos. También se adelanta en el propio plan el trabajo que venía abordando el Gobierno de la Nación para reformar la normativa procesal, con la finalidad de evitar las malas prácticas procesales y otras que alteraban la realidad de la carga de trabajo del sistema judicial español.

II. OBJETIVOS DE LA REFORMA PROCESAL PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

La Ley 13/2009, haciéndose eco de muchos de los principios recogidos en la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia y en el Plan de Transparencia Judicial, cumple definitivamente el mandato de la Ley Orgánica 19/2003, de modo que aborda la reforma de dieciocho normas con la finalidad de racionalizar y optimizar los recursos humanos y materiales disponibles e implantar una nueva oficina judicial que tiene como protagonista a los secretarios judiciales a los que se les atribuyen no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que ya ostentaban hasta el momento, sino también otras funciones que les habilitan para tomar ciertas decisiones colaterales a la función jurisdiccional pero que son igualmente indispensables para la misma, destacando sobremanera las nuevas competencias que asumen en relación con la admisión de las demandas y el impulso de la ejecución.

Por tanto, salvo los supuestos en que una decisión de carácter procesal encomendada a los secretarios judiciales pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, el legislador ha considerado posible, eficaz y garantista atribuir la competencia del trámite de que se trate al secretario, sin que deba realizarlo ya el Juez o Magistrado. En todo caso, se trata de decisiones que sirven de apoyo y soporte a la actividad jurisdiccional pero que no interfieren en ella, dejando siempre en manos del Juez la decisión última en todo cuanto afecta a su alto papel constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de modo que los titulares de los órganos jurisdiccionales nunca pierden la dirección del proceso. Para ello, en el nuevo modelo

se distinguen los actos de dirección procesal, que son los determinantes en el ejercicio de la función jurisdiccional porque condicionan directamente su normal desarrollo, y los actos de ejecución o de mero trámite, que no afectan ni condicionan el ejercicio ordinario de la función jurisdiccional y que pueden encomendarse a la responsabilidad de los secretarios judiciales. Y, al igual que ya se señaló en el apartado anterior respecto a los antecedentes de esta nueva reforma procesal, la Ley 13/2009 introduce importantes modificaciones que persiguen fomentar las buenas prácticas procesales y potenciar las garantías de los ciudadanos como justificables.

La nueva Oficina Judicial pivota sobre elementos esenciales como la racionalización de recursos humanos y materiales, la eficiencia en la utilización de recursos públicos, el reparto y asunción de nuevas responsabilidades entre los secretarios judiciales y los funcionarios de la Administración de Justicia, la agilidad, la implantación de las nuevas tecnologías en la citada Administración de Justicia, la evaluación del desempeño y la calidad, todo ello dentro de un modelo caracterizado por la homogeneidad, consecuencia del carácter único del Poder Judicial al que la nueva Oficina Judicial va a servir. Además, los principios que enmarcan el nuevo modelo son los de jerarquía, división de funciones y coordinación.

El gran protagonismo de la reforma lo constituyen los secretarios judiciales, a los que la LOPJ ya otorgaba las competencias de organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnico-procesales (ordenando la actividad de dicho personal e impartiendo las órdenes e instrucciones pertinentes) y el impulso del proceso en los términos que se estableciesen en las leyes procesales, entre otras importantes atribuciones en materia de fe pública judicial, documentación, archivo, registro, depósito y estadística judicial. La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no ha precisado, por tanto, introducir modificación alguna en los artículos 452 a 462 LOPJ, donde se regulan las funciones de los secretarios judiciales, por cuanto la cobertura normativa frente a la nueva Oficina Judicial ya estaba prevista. Tan sólo se modifica la redacción del apartado 1 del artículo 453 con el fin de prever en sede orgánica, al afectar al ejercicio de la fe pública judicial, que el empleo de medios técnicos de grabación o reproducción permitirá que las vistas se desarrollen sin la intervención del secretario, en los términos que prevean las leyes, si bien se deja a salvo que aquél siempre garantice la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido.

El marco en el que los secretarios judiciales desempeñarán su labor en la nueva Oficina Judicial lo constituyen, esencialmente, las Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD), definidas en el artículo 437 LOPJ como aquellas unidades que de la Oficina judicial que directamente asisten a Jueces y Magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten. Las mismas contarán con un secretario judicial, si bien por motivos de racionalización del servicio, un mismo secretario podrá actuar en más de una unidad, habiendo tantas UPAD como Juzgados, Salas o Secciones estén creadas y en funcionamiento.

También son parte esencial de la nueva Oficina Judicial los Servicios Comunes Procesales (SCP), que el artículo 438.1 LOPJ define como toda aquella unidad de la Oficina judicial que, sin estar integrada en un órgano judicial concreto, asume labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales. Se encargan de prestar apoyo a todos o a alguno de los órganos jurisdiccionales de su ámbito territorial,

con independencia del orden jurisdiccional al que pertenezcan y la extensión de su jurisdicción. Precisamente, al frente de cada SCP habrá un secretario judicial, de quien dependerán funcionalmente el resto de secretarios judiciales y el personal destinado en los puestos de trabajo en que se ordene el servicio de que se trate. Los SCP podrán ser de registro y reparto, de actos de comunicación, de auxilio judicial, de ejecución de resoluciones judiciales y de jurisdicción voluntaria.

Por último, el diseño de la nueva Oficina Judicial se completa con las unidades administrativas, que son aquellas que, sin estar integradas en la Oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la Oficina judicial sobre los que se tienen competencias, así como sobre los medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales (ex artículo 439.1 LOPJ).

Entre otros aspectos que se detallarán a continuación en relación más precisa con la modificación emprendida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley 13/2009 aborda materias y trámites tan importantes como la admisión e inadmisión de la demanda, la acumulación de acciones y los señalamientos como instrumentos de las buenas prácticas procesales, la terminación del procedimiento, la ejecución, los recursos frente a las decisiones de los secretarios judiciales, la ejecución y los procedimientos especiales.

III. MODIFICACIÓN DE LA LJCA POR LA LEY 13/2009 PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

El artículo decimocuarto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, procede a una profunda modificación de la LJCA, retocándose 62 artículos y una disposición adicional, así como adicionando un artículo y una disposición adicional. Téngase en cuenta que todas estas novedades no entrarán en vigor (ex disposición final tercera Ley 13/2009) hasta que no hayan transcurrido seis meses de la publicación de la norma en el Boletín Oficial del Estado, lo que significa que la entrada en vigor efectiva se producirá el 5 de mayo de 2010.

El propósito perseguido por el legislador es regular la distribución de competencias entre los Jueces y los Tribunales, por un lado, y los secretarios judiciales, por otro. Con ello se otorgan a éstos últimas funciones que tienen relación con la función jurisdiccional y que le sirven de soporte y apoyo, aunque la ejecución material siga correspondiendo a los cuerpos de funcionarios previstos en el libro VI de la LOPJ. Se deja a salvo, en todo momento, el puro ejercicio de la jurisdicción, que sólo corresponde a los Jueces y Magistrados, de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución Española y los artículos 2.1 y 298 LOPJ.

Aunque se examinarán con más detalle a continuación, en líneas generales, la modificación experimentada por la LJCA se refiere a los siguientes aspectos: competencia territorial, acumulación, cuantía del recurso, procedimiento en primera o única instancia (específicamente en lo que respecta a la interposición del recurso, el emplazamiento a los demandados y admisión del recurso, demanda y contestación, alegaciones previas, prueba, vista y conclusiones, y otros modos de terminación del procedimiento), procedimiento abreviado, recursos contra providencias y autos, recurso ordinario de apelación, recurso de casación, recurso de casación para unificación de la doctrina, recurso de revisión, ejecución de sentencias, procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, cuestión de

ilegalidad, procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos, plazos aplicables tanto al procedimiento contencioso-administrativo como a los procedimientos especiales, medidas cautelares, así como incidentes e invalidez de actos procesales.

1. Competencia

La Ley 13/2009 no altera las reglas de distribución de competencia objetiva, pero sí las relativas a la competencia territorial de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (ex artículo 14 LJCA). Hasta el momento, cuando el recurso contencioso tiene por objeto actos de las Administraciones en materia de personal, propiedades especiales y sanciones, el demandante puede elegir el Juzgado o Tribunal competente en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se encuentre la sede del órgano autor del acto originario impugnado. La finalidad perseguida es dar cierta facilidad al demandante para elegir el órgano jurisdiccional más conveniente en atención de la cercanía a su domicilio.

La nueva regla que introduce la Ley 13/2009 pretende especificar el supuesto de recursos frente a actos administrativos dictados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales en las citadas materias. En este supuesto, la norma permite la elección al demandante, pero limitándose a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado, con lo que se limita un poco más la capacidad de elección que se otorga al demandante.

2. Acumulación

La acumulación (también llamada por la Ley de Enjuiciamiento Civil acumulación de procesos) es un mecanismo procesal que permite al actor sumar en un solo proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación, o que se refieran a varios de ellos cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o entre ellos haya una conexión directa. Hasta ahora, es el órgano jurisdiccional el que decide, si no estima oportuna la acumulación, que el actor presente recursos por separado. La Ley 13/2009 otorga ahora la primera responsabilidad de estimar si es o no pertinente la acumulación al secretario judicial, pero ha de darse cuenta al Tribunal para que sea éste el que ordene al actor la presentación de los recursos por separado, dándose por caducado el recurso si no lo hiciera.

También es posible la acumulación cuando, antes de dictarse sentencia, se dicta o se tiene conocimiento de la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde relación con el que es objeto de recurso. El demandante puede pedir en este caso la ampliación del recurso a ese nuevo acto o disposición, lo que suspende el curso del procedimiento y obliga a dar traslado a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga en un plazo de 5 días. Con la nueva redacción introducida en el artículo 36.2 LJCA, el traslado a las partes será realizado por el secretario judicial.

Otra modalidad de acumulación es la que se conoce en la jurisdicción contencioso-administrativa como "pleito testigo", novedad significativa de la LJCA de 1998 cuya finalidad es agilizar la tramitación de las causas. Consiste en que, cuando estén pendientes ante un Juzgado o Tribunal una pluralidad de recursos con el mismo objeto, aquél puede decidir, en cualquier momento procesal, o acumularlos (artículo 37.1 LJCA), o no hacerlo y tramitar uno o varios con carácter preferente (artículo 37.2 LJCA) suspendiendo el curso de los demás hasta

que se dicte sentencia en los primeros, dando audiencia a las partes por un plazo común de cinco días.

La Ley 13/2009 introduce una novedad muy relevante por cuanto a partir de ahora el Juzgado o Tribunal no tendrá la facultad de tramitar un pleito testigo, sino que se impone a aquél esa tramitación si no se han acumulado previamente. El pleito testigo propio de la jurisdicción contenciosa (que se emplea como modelo para otras jurisdicciones), por tanto, cobra gran protagonismo como instrumento de fomento de las buenas prácticas procesales con el fin de evitar la multiplicidad de actuaciones cuando diversos procedimientos tienen el mismo objeto. El propósito es contribuir a acortar la duración de los procesos, contribuir a la transparencia de la actuación de los órganos judiciales y, al mismo tiempo, evitar distorsiones en la valoración del desempeño de los titulares de los mismos al sumar puntos por la tramitación de asuntos que, en realidad, presentan una identidad sustancial, en un momento en que se han iniciado importantes trabajos por parte del CGPJ y del Ministerio de Justicia para la aprobación de un nuevo modelo de valoración del desempeño.

La modificación que se introduce en el precepto establece que la sentencia dictada en relación con el pleito testigo, una vez firme, será testimoniada por el secretario judicial y notificada a los recurrentes a los que afecta la suspensión para que en un plazo de cinco días puedan solicitar la extensión de efectos conforme al artículo 111 de la ley procesal (precepto que también se modifica, como se comentará), la continuación del procedimiento (lo que no está previsto en la redacción actual) o desistir del recurso (lo que sucederá si la sentencia o sentencias dictadas en los primeros recursos fuesen desestimatorias). Hasta el momento, si las partes afectadas por la suspensión no interesaban la extensión de efectos o desistían del recurso, el órgano jurisdiccional llevaba testimonio a los recursos suspendidos. Con la nueva redacción se abre una nueva posibilidad para las partes, consistente en solicitar la continuación del procedimiento, testimoniándose la sentencia antes de que los interesados puedan optar por una u otra vía. La continuación del proceso es consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aunque el resultado práctico de este derecho es formal, porque lo más probable es que en su proceso el demandante obtenga una sentencia igualmente desestimatoria a la del pleito testigo.

La última modificación que se introduce en relación con la acumulación del proceso es menor, ya que se mantiene la previsión de que la Administración pública, cuando remite el expediente administrativo en cumplimiento del artículo 48 LJCA, comunique al Juzgado o Tribunal si existen otros recursos contenciosos en los que pueden concurrir los supuestos de acumulación, siempre que tenga conocimiento de aquéllos. Sin embargo, si hasta ahora el secretario judicial estaba obligado, ex artículo 38.2 LJCA, a poner en conocimiento del Juez los procesos que se tramiten en la secretaría en los que puedan concurrir los supuestos de acumulación, la modificación se limita a sustituir la referencia a la secretaría por la de oficina judicial.

3. Cuantía del recurso

Sobre la cuantía del recurso contencioso-administrativo, el artículo 40 vigente establece que es el órgano jurisdiccional el que fija la cuantía del mismo una vez que las partes hayan formulado los escritos de demanda y de contestación, aunque aquéllas pueden opinar al respecto mediante otrosí en los citados escritos. Ahora bien, si las partes no se pronuncian por otrosí, el órgano judicial exigirá a la parte demandante que lo haga; si no lo hiciere, la cuantía

será fijada por el órgano jurisdiccional, que dará audiencia previa al demandado. Pero si el demandante fija la cuantía en su escrito de demanda, y el demandado no estuviera de acuerdo, puede exponer su desacuerdo en el plazo de 10 días, tramitándose como un incidente y resolviéndose por auto. La LJCA también dispone que no cabe recurso alguno contra el auto de fijación de cuantía, pero se admite alegar la incorrecta determinación de la cuantía cuando se tenga por preparado el recurso de casación (ex artículo 90 LJCA) o no se admita el recurso de casación para la unificación de doctrina o el de apelación, contra los cuales, como se sabe, cabe un recurso de queja, de conformidad con los artículos 97.4 y 85.2 LJCA. Téngase en cuenta la importancia de la correcta determinación de la cuantía del recurso a los efectos de quedar expedita la vía del recurso de apelación (a partir de los 18.000 €), del recurso de casación (a partir de 150.000 €) y del recurso de casación para la unificación de doctrina (a partir de los 18.000 €).

La modificación que introduce la Ley 13/2009 otorga la competencia para fijar la cuantía del recurso al secretario judicial, sustituyendo las palabras "Juzgado o Tribunal" por la de "secretario judicial". Pero, además, quien resuelve en caso de disparidad de opiniones entre demandante y demandado a la hora de fijar la cuantía del recurso es el secretario, si bien resuelve definitivamente el Juez o Tribunal en la sentencia. Se redacta con mayor claridad el último apartado 4 de este precepto.

En líneas generales, la cuantía del recurso se determina en función del valor económico de la pretensión, teniendo en cuenta las normas de la legislación procesal civil. Sin embargo, la LJCA entiende que son de cuantía indeterminada los recursos que impugnan directamente las disposiciones generales, los que se refieren a funcionarios públicos (no se hace mención al término más amplio de cuestiones de personal), salvo que versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, y aquellos en los que junto a prestaciones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración. Pues bien, la Ley 13/2009 añade a esta lista de recursos de cuantía indeterminada los relativos a actos en materia de Seguridad Social que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores. Se trata, precisamente, de la misma redacción que contiene la letra b) del apartado 1 del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, precepto en el que se recogen los asuntos de que no conocerá la jurisdicción social, correspondiendo, por tanto, a la contencioso-administrativa. No obstante, se dejan fuera de la consideración de recursos de cuantía indeterminada los que se interpongan en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social, así como los recursos frente a las resoluciones en materia de gestión recaudatoria dictadas por su respectiva entidad gestora en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social, así como las relativas a las actas de liquidación y de infracción.

4. Procedimiento en primera o única instancia

Se entra a partir de aquí en una serie de modificaciones que afectan al procedimiento contencioso-administrativo. De los 35 artículos en que se regula el procedimiento en primera o única instancia, la Ley 13/2009 enmienda 18, lo que supone retocar más de la mitad de los citados preceptos. Los cambios que se introducen por la citada modificación son:

- Validez de la comparecencia del demandante: una vez que éste ha presentado un escrito en el que se anuncia la interposición del recurso, acompañado de los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 45, el Juzgado o la Sala son los encargados de examinar de oficio la validez de esa comparecencia, de modo que si no se acompañan todos los documentos exigidos o están incompletos, o si no concurren los requisitos que exige la ley, requiere al demandante para que subsane esos defectos en un plazo de 10 días. Si no realiza la subsanación, se ordena el archivo de las actuaciones. La modificación de la Ley 13/2009 consiste en otorgar al secretario judicial el examen de oficio de la validez de la comparecencia, de modo que, si es válida, se admite a trámite el recurso, pero si no lo fuere solicitará la subsanación al demandante, y si no se hiciera, la responsabilidad de declarar o no el archivo de las actuaciones ya no corresponderá al secretario judicial, sino al Juez o Tribunal, como hasta ahora.
- Publicación de la interposición del recurso: declarada la validez de la comparecencia, es el Juzgado o la Sala el que puede acordar, a petición del recurrente o de oficio, el anuncio de la interposición del recurso contencioso-administrativo, lo que deberá realizar el órgano competente en el periódico o diario oficial que corresponda. Si se ha iniciado el recurso directamente mediante demanda (en lugar de presentarse un escrito de interposición) contra una disposición administrativa de carácter general, contra un acto administrativo, contra la inactividad o la vía de hecho en que no haya terceros interesados, el vigente artículo 47.2 LJCA exige la publicación del anuncio de interposición del recurso con el fin de que puedan personarse quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, de modo que se trasladará la demanda a la Administración pública para que conteste a la misma y luego a los demás demandados que se hubieran presentado. La Ley 13/2009 atribuye la competencia para acordar el anuncio de la interposición del recurso al secretario judicial, de oficio o a instancia del recurrente, en los mismos supuestos que prevé el vigente artículo 47 LJCA.
- Remisión del expediente por la Administración pública: el vigente artículo 48 LJCA establece que el órgano jurisdiccional requiere a aquella para que le remita el expediente administrativo, ordenándole además que practique los emplazamientos a que se refiere el artículo 49 de la ley. La Ley 13/2009 establece que será el secretario judicial, mediante el dictado de una diligencia, el que requerirá a la Administración para que le remita el expediente y realice los emplazamientos correspondientes. La misma competencia para recabar el expediente administrativo se atribuye al secretario judicial cuando el recurso se ha iniciado por medio de demanda contra una disposición de carácter general. Igualmente, si hasta ahora era el órgano jurisdiccional el que se encargaba de reiterar la reclamación del expediente administrativo si no se hubiere recibido completo, así como de apercibir de la posible imposición de una multa coercitiva si se volviese a omitir esa obligación, la Ley 13/2009 otorga la primera facultad de apercibimiento al secretario judicial, pero se sigue residenciando en el Juez o Tribunal la imposición de multas coercitivas o su reiteración.
- Emplazamiento de los demandados: la novedad que la Ley 13/2009 introduce en el artículo 49 LJCA radica en que será el secretario judicial, en lugar del Juzgado o Tribunal, el que se encargará de comprobar que se han efectuado las notificaciones para

- emplazamiento por parte de la Administración, y si advirtiese que son incompletas, ordenará que se practiquen. Asimismo, cuando no se haya podido emplazar a algún interesado en el domicilio del que se tenga constancia, corresponderá al secretario judicial ordenar la inserción de un edicto en el periódico oficial que proceda de acuerdo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida, en lugar de encargarse esa tarea al Juez o Tribunal. Se aclara la redacción del vigente apartado 4 del artículo 49 LJCA, de modo que, en lugar de mencionarse la obligación de insertar el edicto en el mismo periódico oficial en que se hubiera publicado el anuncio de la interposición, será en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida, lo cual es coherente con la previsión que ya recogía el artículo 47.1 LJCA.
- Examen del expediente administrativo: la única modificación que se introduce respecto al vigente artículo 51 LJCA es una mínima corrección por cuanto sigue siendo responsabilidad del Juzgado o de la Sala examinar el expediente administrativo remitido por la Administración, pero ya no se mencionan los términos “previa reclamación”, a los que ya se ha hecho referencia en el artículo 48 LJCA. Y se suprimen los términos “si lo considera necesario” en relación con el examen del citado expediente.
 - Presentación de la demanda: la Ley 13/2009 modifica el apartado 1 del artículo 52 en dos aspectos, el primero porque se atribuye al secretario judicial (en la redacción actual no se menciona órgano o funcionario alguno responsable, pero se deduce que debía referirse al Juzgado o Tribunal, genéricamente) la facultad para acordar la entrega al recurrente del expediente administrativo con el fin de que deduzca la demanda en un plazo máximo de 20 días; el segundo —que sí constituye una novedad— consiste en que se encarga al secretario comprobar si concurren algunos de los supuestos de inadmisión del recurso contencioso-administrativo previstos en el artículo 51.1 LJCA, en cuyo caso debe dar cuenta al Tribunal para que resuelva éste lo que estime procedente. De este modo, sigue siendo responsabilidad del Juez la declaración sobre admisión o inadmisión del recurso, por cuanto afecta al puro ejercicio jurisdiccional y porque, al suponer cercenar un derecho constitucionalmente reconocido, requiere un pronunciamiento judicial que justifique su limitación.
 - Presentación de la demanda sin contar con el expediente administrativo: el artículo 53 LJCA dispone que el demandante puede solicitar al Juzgado o Tribunal presentar la demanda si la Administración no ha remitido el expediente administrativo, con el fin de no dilatar el procedimiento. Si posteriormente se remite el citado expediente se pondrá de manifiesto a las partes para que realicen alegaciones complementarias. La modificación que introduce la Ley 13/2009 otorga al secretario judicial la competencia que antes se atribuía genéricamente al Juzgado o Tribunal.
 - Contestación de la demanda: de nuevo la Ley 13/2009 otorga al secretario judicial aquellas competencias que en la normativa vigente se otorgan genéricamente al Juzgado o Tribunal en relación con el traslado de la demanda al demandado para contestación, emplazamiento a la Administración demandada si no se ha recibido el expediente administrativo, suspensión del procedimiento para que el defensor de la Administración pueda comunicar su parecer sobre el desajuste a Derecho de la disposición o actuación recurrida, la puesta de manifiesto del expediente administrativo a todos los demandados en la Oficina Judicial (en lugar de en la Secretaría), y la

referencia genérica al órgano judicial (lo que incluye su Oficina, obviamente) cuando la Administración demandada fuera una entidad local y no se hubiere personado en el proceso.

- Complementar el expediente administrativo: la Ley 13/2009 establece que es responsabilidad del secretario judicial, en lugar del Juzgado o de la Sala, resolver lo que corresponda sobre la solicitud de las partes para completar el expediente administrativo si estiman que no está completo, ex artículo 55.3 LJCA.
- Contenido de la demanda: de acuerdo con el artículo 56 LJCA, los escritos de demanda y contestación recogerán los hechos, fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan. Hasta el momento, el Juzgado o Tribunal es el que se encarga de examinar de oficio la demanda, otorgando un plazo para subsanación y ordenando el archivo de las actuaciones en caso de que no se haga. Con la redacción que introduce la Ley 13/2009 esa responsabilidad de examen del contenido de la demanda corresponderá al secretario judicial, quien, si se han subsanado las faltas de que adolezca, la admitirá, pero si no lo han hecho las partes, no podrá inadmitirla, sino que esa responsabilidad se sigue residenciando en el Juez o Tribunal, para que resuelva lo que estime procedente, dejando a salvo, de nuevo, la decisión final sobre un derecho constitucional como es el acceso a la tutela judicial efectiva (ex artículo 24 CE).
- Conclusión del pleito para sentencia: en relación con el artículo 57 LJCA, la Ley 13/2009 introduce importantes matices que deben comentarse. En la redacción actual de la norma se dispone que el demandante puede solicitar por otrosí que se falle el recurso sin necesidad de recibimiento a prueba ni de vista o conclusiones, lo que se declarará si la parte demandada no se opone una vez contestada la demanda, a menos que el Juez o Tribunal acuerde de oficio el recibimiento a prueba u ordene la práctica de cualquiera que estime procedente hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia. Pues bien, la Ley 13/2009 establece que será el secretario judicial el que declare concluso el pleito para sentencia si lo solicita el actor en su escrito de demanda y no se opone el demandado, y si en los escritos de demanda y contestación no se solicita el recibimiento a prueba ni vista o conclusiones. Este segundo supuesto es una novedad respecto a la redacción actual, de modo que el silencio de las partes en sus escritos presupone que, tras la contestación a la demanda, puede declararse concluso el pleito para sentencia, previsión que permite acelerar la tramitación procesal. De cualquier modo, se salvaguarda la responsabilidad del Juez para decidir, si lo estima oportuno, acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas, y en ambos casos, que el Juez decida, conforme al artículo 61 de la norma procesal, acordar de oficio el recibimiento a prueba.

Si el demandado lo que solicita en su escrito de contestación es la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, se trasladará al demandante para que realice alegaciones sobre la concurrencia de las causas de inadmisión (que son las previstas en el artículo 69 LJCA), declarándose por el secretario judicial concluso el pleito.

- Alegaciones previas: como es conocido, el demandado o demandados pueden emplear los 5 primeros días del plazo otorgado para contestar a la demanda (que es de 20 días) para alegar los motivos que puedan determinar la incompetencia o las causas de inadmisibilidad del artículo 69 LJCA. El artículo 59 de la ley dispone que de ese escrito de alegaciones previas se da traslado al demandante para que subsane

los defectos que procedan derivados de lo observado por el demandado, y que una vez firme el auto que estima las alegaciones previas, el órgano judicial (aunque no se menciona expresamente) declarará la inadmisibilidad del recurso. La Ley 13/2009 establece que será el secretario judicial el que de traslado del escrito en el que se formulan alegaciones previas al demandante, y que el auto firme estimatorio de dichas alegaciones dará lugar a que el secretario judicial ordene la devolución del expediente administrativo a la Administración pública.

- En materia de prueba, la Ley 13/2009 introduce dos modificaciones interesantes en lo que respecta a los plazos previstos en el artículo 60 LJCA: la primera, ampliando el plazo de 3 a 5 días que tiene el demandante para solicitar el recibimiento a prueba si de la contestación a la demanda surgen nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito; la segunda, realizando esa misma ampliación temporal a 5 días para que las partes puedan pedir aclaraciones al dictamen pericial emitido en la fase de prueba.

Asimismo, se amplía el plazo de 3 a 5 días para que las partes puedan realizar alegaciones cuando, conforme al artículo 61 LJCA, el propio Juez o Tribunal sea el que acuerde de oficio el recibimiento a prueba y aquéllas no tengan oportunidad de hacer alegaciones en la vista o en el escrito de conclusiones. Será el secretario judicial el que pondrá de manifiesto el resultado de la prueba a las partes con el fin de que realicen las alegaciones oportunas.

- Vista y conclusiones: la Ley 13/2009 amplía el plazo de 3 a 5 días para que las partes soliciten por escrito la celebración de vista, que se presenten conclusiones o que el pleito se declare concluso para sentencia, una vez finalizado el periodo de prueba (ex artículo 62.2 LJCA). Asimismo, corresponderá al secretario judicial (en lugar de al Juzgado o Tribunal) proveer sobre dicha petición de las partes (ex artículo 62.3 LJCA).

Es el artículo 63 LJCA uno de los que más modificaciones experimenta con la Ley 13/2009, aumentando de dos a siete apartados, en los que se regulan pormenorizadamente los extremos de la vista pública. Por un lado, corresponderá al secretario judicial señalar la fecha de la audiencia respetando el orden de antigüedad de los asuntos, salvo los casos excepcionales previstos. Se obliga a que el secretario tenga en cuenta los criterios de señalamiento de las vistas previstos en el artículo 182 LEC, que también es modificado por la Ley 13/2009. Este precepto de la norma procesal civil mantiene indemne el ejercicio de la función jurisdiccional al reservar a los titulares de órganos jurisdiccionales unipersonales y a los Presidentes de Sala o Sección en los Tribunales colegiados la fijación de los criterios generales y dar las concretas y específicas instrucciones con arreglo a los cuales los secretarios realizarán el señalamiento de la fecha y la hora de las vistas o trámites equivalentes, gestionando una agenda programada de señalamientos (APS). Incluso tras ser realizado el señalamiento por el secretario judicial conforme a los criterios e instrucciones del Juez o Tribunal, y teniendo en cuenta las circunstancias que recoge el apartado 4 del citado artículo 182 LEC, deberá darse cuenta al Juez o Presidente antes de notificarlo a las partes. Si dichos señalamientos no se ajustan a los criterios e instrucciones establecidos, el Juez o Presidente decidirá sobre señalamiento.

Resultan completamente novedosos los apartados 3 a 7 del artículo 63 LJCA, que son el resultado de la introducción de las nuevas tecnologías en la grabación de las vistas en la Administración de Justicia con el propósito de reforzar las garantías del justiciable. Así, se dispone que la vista se deberá registrar en soporte apto para la grabación y reproducción del

sonido y de la imagen, siendo responsabilidad del secretario judicial custodiar el documento electrónico que sirve de soporte a la grabación. Las partes podrán solicitar a su costa copia de las grabaciones originales.

Asimismo, la Ley 13/2009 prevé y fomenta la utilización por el secretario judicial de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que garantice la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido, ahorrando la presencia del secretario en ese supuesto, salvo que lo soliciten las partes con la debida antelación, con lo que ello conlleva en relación con la racionalización y optimización de recursos y la utilización de las nuevas tecnologías de la Justicia. En cualquier caso, la norma deja la puerta abierta a que sea el propio secretario judicial el que decida la necesidad de su propia presencia en Sala cuando lo estime necesario, aunque cuente con firma electrónica reconocida u otro sistema que garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, en función de la complejidad del asunto, el número y naturaleza de las pruebas a practicar, el número de intervinientes, la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen; en estos casos, el secretario debe extender un acta sucinta con un contenido muy detallado en la ley que tiene por objetivo dar fe del procedimiento celebrado, duración, asistentes y demás extremos. En consecuencia, si el documento electrónico que contiene la grabación incorpora la firma electrónica reconocida del secretario judicial, constituirá acta a todos los efectos, pero si el secretario no cuenta con firma electrónica reconocida u otro sistema similar, deberá extenderse un acta con un contenido concreto por cuanto el soporte que contiene la grabación no constituye el acta del juicio al no ofrecer las garantías de la autenticidad e integridad de lo grabado.

Por supuesto, si el Juzgado o Tribunal no cuenta siquiera con equipos de grabación, se mantiene el sistema habitual de extensión de acta por el secretario en el que se recogen las alegaciones de las partes, las incidencias, las reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, acta que deberá ser leída, rectificadora y firmada por todas las partes. La ley exige, en todo caso, que el acta que extienda el secretario se haga por medios informáticos, sin que se admita un acta manuscrita salvo en circunstancias excepcionales en que el órgano jurisdiccional no cuente con medios informáticos, con lo que el legislador obliga al empleo de dichos medios o, al menos, fomenta su uso, tratando de evitar, al mismo tiempo, los problemas cotidianos de ilegitimidad de las actas de algunos órganos judiciales.

En líneas generales, se puede decir que desde el 1 de enero de 2010 todos los secretarios judiciales cuentan con una tarjeta criptográfica o la posibilidad de solicitarla para emplear sin traba alguna el sistema de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que garantiza la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido. Además, todas las salas de vistas de los Juzgados y Tribunales del territorio nacional gestionado por el Ministerio de Justicia cuentan ya con los soportes digitales aptos para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

- Otros modos de terminación del procedimiento: la Ley 13/2009 introduce algunas modificaciones en lo que respecta al desistimiento y a la satisfacción extraprocésal de la pretensión como modos extraordinarios de terminación del procedimiento.

Así, cuando el recurrente desista de la acción, será el secretario judicial y no el Juez o Tribunal quien deberá dar traslado a las demás partes para que se pronuncien en un plazo máximo de 5 días. Si prestan su conformidad al desistimiento o no se oponen al mismo, el secretario dicta un decreto en el que declara por terminado el procedimiento, ordenando el

archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la Administración pública de procedencia. Hasta ahora, la terminación del procedimiento en ese supuesto era realizado por el propio Juez, que debía dictar un auto a tal efecto (de esta tarea es descargado el titular del órgano judicial a favor del secretario), en el que podía tomar la decisión que estimase oportuna aún cuando las partes se opusieran al desistimiento.

Más trascendente parece la modificación que se introduce en el apartado 4 del artículo 74, por cuanto, hasta el momento, si la Administración o el Ministerio Fiscal se oponían al desistimiento, o si el Juez o Tribunal apreciara daño para el interés público, éste debía rechazar motivadamente esta forma de terminación, por lo que el rechazo judicial se convertía en un acto debido si se oponían la Administración o el Ministerio público. Con la nueva redacción de este apartado, el legislador ha querido dejar en manos del secretario judicial la valoración de la oposición por las partes respecto al desistimiento del recurrente, así como la apreciación de que concurran daños para el interés público. Ahora bien, de esa valoración debe dar cuenta al Juez o Tribunal, que será el que deba resolver lo que estime conveniente. No se menciona expresamente, por tanto, que el órgano judicial deba rechazar el desistimiento cuando se oponga la Administración o el Ministerio Fiscal, lo que supone un cambio significativo. Lo que sigue pudiendo hacer el titular del órgano judicial es tomar la decisión que estime oportuna aún cuando se opongan las partes al desistimiento del recurrente.

Por último, si el recurrente ha desistido de un recurso de apelación o de casación, el secretario judicial declarará terminado el procedimiento mediante el dictado de un decreto, sin más trámites, ordenando el archivo de los autos y la devolución de las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia. Esto no es más que la traslación a la vía de recurso de la previsión que sobre el desistimiento del recurso prevé el apartado 3 de este precepto. La novedad de la Ley 13/2009 radica en que esa labor ya no tendrá que realizarla el Juez o Tribunal mediante auto.

Respecto a la satisfacción extraprocésal de la pretensión, la Ley 13/2009 se centra en el trámite en que debe oírse a las partes por plazo común de 5 días para que aleguen lo que a su derecho convenga. Con la nueva redacción será el secretario judicial el que se encargue de mandar oír a las partes, quienes lo harán frente al Juez o Tribunal, el cual sigue conservando la competencia para dictar un auto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo, siempre que el reconocimiento extraprocésal de las pretensiones del demandante no infrinja gravemente el ordenamiento jurídico, porque si así fuese, el Juez o Tribunal dictará sentencia sobre el fondo.

5. Procedimiento abreviado

La Ley 13/2009 introduce algunas modificaciones de calado en el procedimiento más empleado por los órganos unipersonales de lo contencioso-administrativo, en consonancia con las modificaciones que previó para el procedimiento ordinario en primera o única instancia, ya comentado en el apartado anterior.

Como es sabido, el procedimiento abreviado (ex artículo 78.1 LJCA) se aplica a los asuntos de competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (JCA) y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (JCCA) que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 13.000 €. Se trata de un procedimiento que, si

antes de la vigente LJCA de 1998, se regulaba como un procedimiento especial, en la actualidad se regula como un procedimiento propio o modalidad abreviada del proceso ordinario, sujeto a los principios de celeridad, oralidad y sumariedad y que, en todo lo no previsto por el mismo, se rige por las normas generales del citado procedimiento ordinario en primera o única instancia. Como se verá, los posibles riesgos de un procedimiento oral como el abreviado se intentan paliar por el legislador mediante la regulación detallada del contenido del acta que debe extenderse durante la celebración del juicio, y que ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

De conformidad con el artículo 78 LJCA, este procedimiento se inicia directamente por demanda (acompañada de los documentos en los que el demandante funde su derecho), en lugar de requerir un escrito de interposición previo característico del procedimiento ordinario, tal y como dispone el artículo 45 LJCA. Una vez presentada la demanda, el secretario judicial la admitirá tras el examen previo de la jurisdicción conforme a los artículos 1 a 5 LJCA, y de la competencia objetiva del Tribunal conforme a los artículos 6 a 13 LJCA, dictando la resolución que proceda. Hasta ahora, ese examen era realizado por el Juez, tras el cual dictaba una providencia en la que ordenaba la admisión de la demanda y su traslado al demandado, citaba a las partes para la celebración de la vista, con indicación de día y hora, y ordenaba a la Administración pública demandada la remisión del expediente administrativo. De todas estas tareas es descargado el Juez con la modificación que introduce el legislador en 2009, de modo que serán realizadas por el secretario judicial, centrándose aquél en su tarea constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En todo caso, cuando el secretario proceda a señalar el día y la hora de la vista, deberá atender a los criterios establecidos en el artículo 182 LEC, también modificado por la Ley 13/2009 y ya analizado cuando se hizo el comentario a las novedades que experimentaba el procedimiento en primera o única instancia.

En todo caso, si el secretario judicial aprecia defectos en la demanda en relación con las materias de jurisdicción o competencia, deberá dar cuenta al Tribunal para que resuelva lo procedente, ya que la inadmisión por estos motivos afectarían a un derecho constitucional como el de la tutela judicial efectiva, que sólo puede ser adoptado por el titular del órgano jurisdiccional.

Puesto que la demanda tiene que ser deducida por el actor sin contar con el expediente administrativo, el artículo 78 LJCA establece que, una vez recibido dicho expediente en el órgano judicial, el secretario (ya no el Juez, tras la reforma operada por la Ley 13/2009) lo remitirá al demandante y a los interesados para que puedan realizar alegaciones en el acto de la vista.

En lo que respecta a la fase de vista pública, característica esencial del procedimiento abreviado al ser predominantemente oral, la Ley 13/2009 también retoca algunos aspectos importantes. Así, si las partes no comparecen o lo hace sólo el demandado, el Juez tendrá al demandante por desistido del recurso, condenándole en costas. Si el único que comparece es el actor, la ley establece que el Juez acordará que prosiga la vista en ausencia del demandado. La Ley 13/2009 introduce en el apartado 5 del artículo 78 una breve pero significativa referencia al Juez o Tribunal como autoridad competente para declarar el desistimiento o la continuación de la vista en ausencia del demandado, con la finalidad de deslindar con claridad las competencias del Juez y del secretario judicial, al que no se encomiendan estas funciones con la implantación de la nueva Oficina Judicial.

Abierta la fase probatoria, la LJCA advierte que los medios de prueba se practicarán en los juicios abreviados de igual modo que en los juicios ordinarios (artículos 60 y 61 LJCA, también modificados por la Ley 13/2009 y comentados en apartados anteriores), siempre que no sea incompatible con sus trámites, si bien hay algunas especialidades a tener en cuenta, y entre ellas, la antigua prueba de confesión, red denominada adecuadamente tras la Ley 13/2009 prueba de interrogatorio de parte, respecto a la cual la LJCA dispone que las preguntas que correspondan se propondrán verbalmente, sin admisión de pliegos.

Las últimas modificaciones introducidas por la Ley 13/2009 en el procedimiento abreviado se refieren a su documentación o constancia, respecto a lo cual el nacimiento de la nueva Oficina Judicial ha animado al legislador a introducir previsiones rigurosas respecto a la utilización de las nuevas tecnologías con la finalidad de modernizar definitivamente la Administración de Justicia. Así, si en la redacción vigente se exige la extensión de un acta en el que han de recogerse las características del proceso, alegaciones de las partes, medios de prueba propuestos, contenido respecto a las pruebas admitidas y practicadas, conclusiones y peticiones concretas de las partes, y declaración judicial de conclusión de los autos, entre otros extremos, la redacción dada al apartado 21 del artículo 78 por la Ley 13/2009 se dispone que la vista habrá de documentarse en la forma que se establece en la nueva redacción de los apartados 3 y 4 del artículo 63 para el proceso ordinario. Por tanto, la vista debe registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, correspondiendo al secretario judicial custodiar el documento electrónico que recoge esa grabación. Además, si se dispone de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad semejante que garantice la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido, deberá ser empleado por el secretario judicial, en cuyo caso, la norma dispone que no es precisa la presencia física de dicho fedatario público, con lo que ello supone de optimización y racionalización de los recursos correspondientes. Se deja a salvo, en todo caso, la necesidad de la presencia física del secretario judicial cuando lo pidan las partes con una antelación mínima de dos días antes de la celebración de la vista, o cuando excepcionalmente así lo considere necesario el propio secretario teniendo en cuenta la complejidad del asunto, el número y naturaleza de las pruebas a practicar, el número de intervinientes, la posibilidad de que se produzcan incidencias que no puedan registrarse por los medios electrónicos descritos, o la concurrencia de otras circunstancias excepcionales que lo justifiquen.

¿Qué sucede cuando no se cuenta con firma electrónica reconocida o un sistema de seguridad que ofrezca unas garantías semejantes? Pues que el secretario judicial debe extender un acta, a la que se incorporarán los soportes de grabación de la imagen y el sonido descritos, con un contenido prefijado en la norma procesal: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración; asistentes al acto; alegaciones de las partes; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte. Evidentemente, la existencia de un soporte informático de grabación de la vista permite que el contenido del acta se simplifique considerablemente.

Y si el órgano judicial tampoco pudiese emplear los medios de registro aptos para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, la norma exige que el secretario judicial extienda un acta con el mismo contenido detallado que regulaba hasta el momento el apartado 21 del artículo 78 LJCA, ya comentado. La diferencia con la regulación del juicio ordinario se basa en el mayor grado de detalle que se exige al acta del procedimiento abreviado que a la del ordinario, cuando concurren las circunstancias mencionadas.

Y, al igual que establece la nueva redacción del apartado 7 del artículo 63 LJCA para el juicio ordinario, la nueva redacción del apartado 21 del artículo 78 dispone que las actas que se deban extender cuando no se dispongan de mecanismos de garantía electrónica o cuando no se disponga de medios de grabación apropiados deben siempre extenderse por procedimientos informáticos, eliminando la posibilidad de que sean manuscritas, como es habitual en muchas ocasiones, salvo que el órgano judicial carezca incluso de medios informáticos. Si así fuera, cuando finaliza la sesión, el secretario judicial deberá leer el acta, haciendo las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes, y será firmada por el Juez o Presidente, por las partes, sus representantes o defensores, los peritos, en su caso, y el propio secretario, en último lugar.

6. Recursos contra providencias, autos y sentencias

Si la nueva Oficina Judicial otorga tantas y tan elevadas responsabilidades a los secretarios judiciales en relación con la dirección técnico-procesal de aquélla, sus decisiones quedan amparadas por una nueva categoría de resoluciones que la Ley 13/2009 denomina diligencias de ordenación, decretos y diligencias de constancia, comunicación o ejecución. Ello obligaba, en consecuencia, a introducir la pluma en numerosos artículos del capítulo III del título IV, capítulo cuya rúbrica queda modificada al denominarse “Recursos contra resoluciones procesales” en lugar de “Recursos contra providencias, autos y sentencias”. Por tanto, las citadas resoluciones procesales engloban tanto a las conocidas resoluciones judiciales —providencias, autos y sentencias— como a las que pueden ser dictadas por el secretario judicial a partir de ahora: diligencias de ordenación, cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que establezca la ley; decretos, cuando con la resolución se admita la demanda o se ponga término al procedimiento del que el secretario tuviera atribuida competencia exclusiva, o cuando fuera preciso o conveniente razonar lo resuelto; y diligencias de constancia, comunicación o ejecución a los efectos de reflejar en autos hechos o actos con trascendencia procesal. Se completa, así, el parco régimen que prevé el artículo 456 LOPJ (no modificado por la Ley Orgánica 1/2009), en el que se mencionan, como resoluciones con las que se permite al secretario tramitar el proceso, las diligencias de ordenación, de constancia, de comunicación o de ejecución.

Como se verá con más detalle, el legislador crea dos nuevos recursos, cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate: uno, denominado recurso de reposición, cuando se interponga ante el secretario judicial que dictó la resolución impugnada, con el fin de que sea él mismo quien reconsidere su decisión; y el otro, recurso de revisión, cuando se trata de que sea el Juez o Tribunal quien reconsidere la decisión del secretario. En la jurisdicción contencioso-administrativa, al igual que se ha operado en la jurisdicción social, desaparece la referencia al recurso de súplica en favor del recurso de reposición. De hecho, la Ley 13/2009, al crear el nuevo recurso de reposición, pretende sustituir al vigente recurso de súplica no sólo modificando los preceptos pertinentes, sino también introduciendo una cláusula de cierre en la nueva disposición adicional octava, que dispone que las referencias en el articulado de la Ley al recurso de súplica se entenderán hechas al recurso de reposición.

El recurso de reposición frente a resoluciones del secretario judicial está regulado en el nuevo artículo 102 bis LJCA, para cuyo pacífico nacimiento ha sido preciso coonestar otros muchos preceptos del citado capítulo III, siguiendo la estela de la modificación que, en el mismo sentido, se ha introducido en la principal norma procesal de nuestro ordenamiento,

la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículos 451 y siguientes, y que se ha operado con la misma finalidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, y en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

En consecuencia, y por lo que respecta al régimen de recursos contra las resoluciones judiciales, la Ley 13/2009 dispone que, contra las providencias y autos judiciales no susceptibles de apelación o casación, se podrá interponer a partir de ahora el recurso de reposición, aunque ello no afecta a la ejecución de la resolución impugnada, a menos que el órgano jurisdiccional acuerde lo contrario. No se admite el recurso de reposición contra las resoluciones que se exceptúan expresamente en la ley ni contra los autos que resuelvan los recursos de reposición y los de aclaración (se suprime la referencia a las solicitudes de revisión de diligencias de ordenación, lo que ha supuesto la eliminación del apartado 5 del artículo 79 LJCA). A pesar de que no se modifica la referencia al recurso de súplica en el apartado 3 del citado artículo 79 LJCA, hay que entender, ex disposición adicional octava, que se refiere en todo momento al recurso de reposición, para cuya interposición otorga un plazo de 5 días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada. Interpuesto este recurso, corresponderá al secretario (ahora se menciona expresamente) dar traslado de las copias del escrito a las demás partes, ampliando el plazo para que puedan impugnarlo si lo estiman procedente de 3 a 5 días. Si ha transcurrido el plazo, corresponde resolver al órgano jurisdiccional por auto, no al secretario.

Por lo que respecta al recurso de apelación, las únicas modificaciones que realiza la Ley 13/2009 se refieren a tres aspectos: el primero, a la actualización de las cuantías, redenominando en euros aquellas que aún constan en pesetas, pero sin modificar su importe, de modo que el acceso al recurso de apelación está garantizado cuando el asunto resuelto por sentencia de los JCA y de los JCCA exceda de 18.000 €; el segundo, tal y como se deduce ser filosofía del legislador, es ampliar el plazo de audiencia a las partes de 3 a 5 días para que aleguen lo que a su derecho convenga, en este caso en relación con la ejecución provisional de la sentencia recurrida en apelación (ex artículo 84. 4 LJCA); y el tercero, otorgar ciertas responsabilidades de carácter procesal al secretario judicial, de modo que será éste quien:

- declarará la firmeza de la sentencia si ha transcurrido el plazo de 15 días otorgado por la ley para la interposición del recurso de apelación;
- dictará resolución admitiendo el recurso si se ha presentado en tiempo y forma, dando traslado a las demás partes para que formulen oposición. Si no se cumplen los requisitos exigidos, la decisión ya no corresponde al secretario, sino al Juez, que puede denegar la admisión por medio de auto;
- da vista al apelante por un plazo de 5 días, en lugar de 3 —como hasta ahora— si en el escrito de oposición el apelado entiende indebidamente admitido el recurso, así como si el apelado se adhiere a la apelación porque le pueda resultar perjudicial la sentencia, si bien en este caso el plazo es de 10 días en lugar de 5;
- una vez que los autos se hayan elevado a la Sala de lo C-A, acordará la celebración de la vista (haciendo el oportuno señalamiento) o la presentación de conclusiones, si lo han solicitado todas las partes o se ha practicado prueba. También corresponderá al secretario realizar el oportuno señalamiento de la vista cuando la Sala lo acuerde cuando lo estime necesario, atendida la índole del asunto. El registro de la vista se atenderá a lo previsto en los artículos 63 a 65 LJCA, ya comentados. También corres-

ponde al secretario declarar que el pleito ha quedado concluso para sentencia, una vez celebrada la vista o presentadas las conclusiones.

El nuevo apartado 5 del artículo 85 introduce una referencia inexistente, por omisión, en el precepto todavía vigente, de modo que, cuando el Juzgado eleve los autos, el expediente administrativo y los escritos presentados por las partes a la Sala de lo C-A competente, también procederá a emplazar a las partes para su comparecencia en un plazo de 30 días ante la Sala.

En relación con el recurso de casación, la Ley 13/2009 introduce las siguientes novedades en la LJCA (ex artículos 86 a 95):

- la conversión en euros de la mención a la cuantía todavía vigente de 25 millones de pesetas en el apartado 2 b) del artículo 86 como suelo a partir del cual se admite el recurso de casación ordinario. Con el fin de establecer una cifra fácilmente identificable, en lugar de establecer el contravalor exacto de 150.253,03€, se establece un umbral de 150.000€, equivalentes a 24.957.900 pesetas;
- al igual que en el recurso de apelación, si ha transcurrido el plazo establecido (10 días) para la preparación del recurso de casación, corresponde al secretario judicial declarar la firmeza de la sentencia;
- si el escrito de preparación del recurso de casación cumple con todos los requisitos, corresponde al secretario judicial tener por preparado el recurso (no a la Sala mediante providencia, como hasta ahora), emplazando a las partes para que comparezcan e interpongan el recurso en un plazo de 30 días ante la Sala de lo C-A del Tribunal Supremo. Corresponde al secretario, asimismo, remitir los autos y el expediente administrativo a la citada Sala. Si el escrito de preparación no cumple los requisitos legalmente previstos, el secretario judicial no podrá decidir, sino que debe dar cuenta a la Sala de lo C-A competente para que resuelva lo que proceda, lo que ésta hará mediante auto motivado. Si en la redacción vigente contra la providencia en la que se tenga por preparado el recurso de casación la parte recurrida no puede interponer recurso alguno, con la nueva redacción del apartado 3 del artículo 90 LJCA tampoco cabe recurso alguno contra la resolución del secretario judicial en ese sentido, aunque se sigue permitiendo la oposición al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo;
- por lo que respecta a la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación, la Ley especifica la competencia judicial (no del secretario) para denegar aquélla cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación (esta misma aclaración no se introduce, sin embargo, en el ya comentado artículo 84 LJCA, cuyo apartado 3 contiene una redacción similar a la hoy vigente en el artículo 91.3); ahora bien, otorga la competencia al secretario (y no a las Salas de lo C-A competentes) para deducir testimonio de los autos y de la resolución recurrida, ya que previamente le ha otorgado la competencia para tener por preparado el recurso de casación;
- si el recurrente no se persona dentro del término del emplazamiento ante el Tribunal Supremo para formular el escrito de interposición del recurso de casación, la Ley 13/2009 especifica que corresponde al secretario judicial declarar desierto el recurso, ordenando la devolución de las actuaciones a la Sala de la que procedan; la misma atribución se otorga al secretario cuando sea el defensor de la Administración pública

o el Ministerio Fiscal el recurrente y no manifiesten sostener el recurso o no formulasen el escrito de interposición;

- corresponde al secretario pasar las actuaciones al Magistrado ponente de la Sala de lo C-A del Tribunal Supremo para que se instruya y someta a la deliberación de aquélla lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso;
- corresponde al secretario entregar copia del recurso, una vez admitido el recurso de casación por la Sala (mediante auto), a la parte recurrida para que formalice su oposición, estando las actuaciones a su disposición en la Oficina Judicial (ya no se menciona a la "Secretaría"); también le corresponde al secretario, y no a la Sala directamente, señalar día y hora para celebrar la vista, pero una vez que lo haya acordado la Sala, lo que salva su competencia puramente jurisdiccional; o bien declarará el secretario que el pleito está concluso para sentencia.

En el recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 96 a 99 LJCA, la Ley 13/2009 introduce las siguientes modificaciones, en línea con las ya citadas para los recursos de apelación y casación ordinaria:

- se recoge expresamente la conversión a euros del umbral de tres millones de las extintas pesetas establecido en el apartado 3 del artículo 96 LJCA para tener acceso a la casación para la unificación de doctrina, de modo que la norma ya recoge los 18.000 € exigidos (que, por otra parte, son algo menos de 3 millones de pesetas, en concreto, 2.994.948 pesetas);
- se atribuye al secretario judicial la facultad de reclamar de oficio al órgano judicial que corresponda certificación de la sentencia o sentencias firmes alegadas por el recurrente y respecto a las cuales éste ha aportado copia simple y justificación documental de haber solicitado esa certificación;
- la admisión de este recurso, si se cumplen todos los requisitos legales, corresponde al secretario judicial en lugar de a la Sala de lo C-A sentenciadora, dando aquél traslado a la parte recurrida para que formalice por escrito su oposición, estando las actuaciones a su disposición en la Oficina Judicial (no en la Secretaría);
- si no se cumplen los requisitos legales, el secretario no puede inadmitir el recurso, sino que debe dar cuenta a la Sala para que ésta resuelva mediante auto motivado;
- al igual que con el recurso de apelación, la Ley 13/2009 ha querido cubrir una laguna no prevista en la LJCA en lo que respecta al emplazamiento para la comparecencia de las partes ante la Sala de lo C-A del Tribunal Supremo en un plazo máximo de 30 días;
- en el apartado 2 del artículo 99 LJCA se recoge la conversión en euros (18.000€) de la cuantía de 3 millones de pesetas que da acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina frente a las sentencias de las Salas de lo C-A de los TSJ por infracción de normas autonómicas.

El artículo 100 LJCA, que regula el recurso de casación en interés de la Ley, es también modificado por la Ley 13/2009 en los siguientes aspectos:

- se atribuye expresamente, aunque en la práctica ya venía sucediendo, a la Sala de lo C-A del Tribunal Supremo la competencia para ordenar de plano el archivo de este recurso si no se cumplen los requisitos previstos en el citado artículo 100 LJCA o si se interpone extemporáneamente;

- corresponde al secretario judicial reclamar los autos originales al órgano jurisdiccional sentenciador así como realizar los emplazamientos de las partes para que comparezcan en el recurso;
- también se atribuye al secretario la competencia para trasladar el escrito de interposición del recurso a las partes personadas para que realicen las alegaciones que a su derecho convengan, estando las actuaciones a su disposición en la Oficina Judicial (sustituyendo la mención a la Secretaría).

Con el fin de diferenciar la revisión de las sentencias judiciales de la de las resoluciones dictadas por el secretario judicial, la Ley 13/2009 modifica la rúbrica de la Sección 6ª del capítulo III del título IV, de modo que ya no se denomina "Recurso de revisión", sino "De la revisión de las sentencias". Consecuentemente, modifica los apartados 2 y 3 del artículo 102 LJCA de manera que ya no menciona el recurso de revisión, sino el "procedimiento de revisión" o la "revisión".

A continuación se entra en una de las novedades más sobresalientes de la Ley 13/2009, por cuanto la responsabilización en nuevos cometidos del secretario judicial con la nueva Oficina Judicial le habilita para dictar ciertas resoluciones nuevas que antes no dictaba y frente a las cuales se articula un régimen de recursos determinado. Se adiciona, así, una nueva sección 7ª al capítulo III del título IV, con un nuevo artículo 102 bis que contempla los recursos contra las resoluciones del secretario judicial.

De este modo, contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del secretario judicial se podrá interponer un recurso de reposición ante el mismo secretario que dictó la resolución que se recurre, excepto en los casos en que la LJCA prevea la interposición del recurso directo de revisión. La filosofía de este recurso es, como en el caso del recurso de reposición de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), dar la oportunidad a quien dictó la resolución que se cuestiona de reconsiderar sus decisiones y actuaciones, desjudicializando estos procesos impugnatorios.

El plazo para la interposición de este recurso es de 5 días, que se empiezan a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada.

Cuenta con su propio procedimiento, de modo que, si el recurso no cumple con los requisitos establecidos en la ley, se inadmitirá mediante decreto directamente recurrible en revisión. Pero si cumple todos los requisitos de tiempo y forma, el secretario dará traslado de las copias del escrito a las demás partes, por término común de tres días, para que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente. Transcurrido dicho plazo, el secretario judicial resolverá mediante decreto dentro del tercer día.

El recurso de reposición se resuelve mediante decreto del secretario judicial, contra el cual no cabe recurso alguno, sin perjuicio —señala el artículo 102 bis LJCA— de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.

La Ley 13/2009 prevé otro recurso contra aquellas resoluciones del secretario judicial que adopten la forma de decreto definitivo porque se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación, así como contra los decretos en aquellos casos en que expresamente lo prevea la ley. Se trata del recurso directo de revisión, cuya interposición no produce efectos suspensivos de la resolución recurrida ni se puede actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto.

Por lo que respecta al procedimiento, el recurso de revisión debe interponerse en el plazo de 5 días mediante escrito en el que se citará la infracción en que la resolución hubiera incurrido. Si se cumplen los requisitos legales, el secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, admitirá el recurso, concediendo a las demás partes personadas un plazo común de 5 días para impugnarlo, si lo estiman conveniente. Pero si no se cumplieran los requisitos de admisibilidad del recurso, corresponde inadmitirlo no al secretario judicial, sino al Juzgado o Tribunal mediante providencia. Transcurrido el plazo para impugnación, háyanse presentado o no escritos, el Juzgado o Tribunal resolverá sin más trámites, mediante auto, en un plazo de 5 días. Contra las resoluciones sobre admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno, pero contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión cabe interponer el recurso de apelación y de casación en los supuestos previstos en los artículos 80 y 87 LJCA, respectivamente.

7. Tasas y depósitos judiciales en el orden contencioso-administrativo

No puede dejar de mencionarse un aspecto de gran relevancia en relación con el régimen de recursos en vía contencioso-administrativa, porque es previsible que tenga ciertos efectos disuasorios en la impugnabilidad de las resoluciones judiciales y permita la agilización de la Administración de Justicia. Se trata del sistema de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional. En la actualidad tienen un alcance residual, como es sabido, por cuanto existe una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, creada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, pero con un alcance subjetivo muy limitado, esencialmente para las personas jurídicas. En líneas generales, puede decirse que dicha Ley 53/2002 creó un nuevo tributo consistente en una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, en vigor desde el 1 de abril de 2003. Su hecho imponible lo constituye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a instancia de parte, en el citado orden contencioso, mediante la realización de los siguientes actos procesales: la interposición del recurso contencioso-administrativo, así como la interposición de los correspondientes recursos de apelación y casación. Los sujetos pasivos de la tasa son todos aquellos que promuevan el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realicen el hecho imponible de la misma, pero se prevé un régimen de exenciones objetivas muy amplio. Así, están exentos de esta tasa la interposición de recursos contencioso-administrativos y la presentación de ulteriores recursos en materia de personal, protección de los derechos fundamentales de la persona y actuación de la Administración electoral, así como la impugnación de disposiciones de carácter general.

También se contemplan importantes exenciones subjetivas, que alcanzan a las entidades sin fines lucrativos que hayan optado por el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, las entidades total o parcialmente exentas en el impuesto sobre sociedades, las personas físicas, y los sujetos pasivos que tengan la consideración de entidades de reducida dimensión de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del citado impuesto sobre sociedades.

La base imponible coincide con la cuantía del procedimiento judicial, determinada con arreglo a las normas procesales, si bien en los procedimientos de cuantía indeterminada o aquellos en los que resulte imposible su determinación de acuerdo con las normas de la LEC, se valorarán en 18.000 € a los solos efectos de establecer la base imponible de esta tasa.

La cuota tributaria se determina conforme a una tabla prevista en la Ley 53/2002, de modo que se exige una cantidad fija en función del tipo de proceso (120 € para el abreviado, 210 € para el ordinario, 300 € para el de apelación, y 600 € para el de casación), y una cantidad variable que resulta de aplicar a la base imponible un tipo de gravamen según una escala: de 0 a 1.000.000 € se aplica un tipo del 0,5% (con un máximo de 6.000 €), y para el resto de cantidades que superen el millón de euros se aplicará un tipo del 0,25%.

Pues bien, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añade una disposición adicional decimoquinta a la LOPJ por la que se constituye, por primera vez, un depósito para recurrir, compatible con el devengo de la ya explicada tasa exigida por el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Al igual que en el caso de la tasa mencionada, el legislador persigue disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico alguno, para que no prolonguen indebidamente el tiempo de resolución del proceso en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes personadas en el proceso.

De este modo, la interposición de recursos ordinarios, extraordinarios y la revisión en el orden contencioso-administrativo precisará de la constitución de un depósito a tal efecto, siempre que deban tramitarse por escrito. Por tanto, a partir del pasado 5 de noviembre de 2009, quien pretenda interponer recurso contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, deberá consignar como depósito 30 € si se trata de recurso de queja (que se tramita en el orden contencioso-administrativo conforme a lo previsto en la LEC); 50 € si se trata de recurso de apelación; 50 € si se trata del recurso de casación, incluido el de casación para la unificación de doctrina; y 50 € si fuera revisión. Asimismo, para la interposición de recursos contra resoluciones dictadas por el Juez o Tribunal que no pongan fin al proceso ni impidan su continuación en cualquier instancia, contra las resoluciones dictadas por el secretario judicial, y cuando se interponga un recurso de revisión, será precisa la consignación de 25 € de depósito. Se excluye de la consignación de depósito la formulación del recurso de reposición que la ley exija con carácter previo al recurso de queja.

La disposición adicional decimoquinta establece un régimen de exenciones subjetivas que alcanzan al Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos, además de al Ministerio fiscal.

Será cuando se notifique la resolución a las partes el momento en que se les indicará la necesidad de constitución de depósito para recurrir, así como la forma de efectuarlo, de modo que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito. Y si finalmente se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Es importante destacar que el legislador orgánico otorga un carácter finalista a este depósito, de modo que los que se den por perdidos y los rendimientos de la cuenta de depósitos y consignaciones quedan afectados a las necesidades derivadas de la actividad del Ministerio de Justicia, destinándose específicamente a sufragar los gastos correspondientes al derecho a la asistencia jurídica gratuita, y a la modernización e informatización integral de la Administración de Justicia, generando crédito en los estados de gastos de la sección presupuestaria 13 "Ministerio de Justicia". El Ministerio de Justicia transferirá anualmente a cada Comunidad

Autónoma con competencias asumidas en materia de Justicia, para los fines indicados, el 40% de lo ingresado en su territorio por este concepto, y destinará un 20% de la cuantía global para la financiación del ente instrumental participado por el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas y el Consejo General del Poder Judicial, encargado de elaborar una plataforma informática que asegure la conectividad entre todos los Juzgados y Tribunales de España.

8. Ejecución de sentencias

En materia de ejecución de sentencias, la Ley 13/2009 modifica un buen número de artículos, hasta un total de seis, con la finalidad de:

- otorgar al secretario judicial la responsabilidad de comunicar la sentencia, una vez que ha ganado firmeza, al órgano de la Administración pública que dictó el acto administrativo o realizó la actividad que luego fue recurrida en vía contenciosa, para que dicho órgano administrativo proceda a la ejecución de aquélla (ex artículo 104.1 LJCA);
- atribuir también al secretario judicial (en lugar de al Juez o Tribunal, como establece el artículo 107.1 LJCA), a instancia de parte, la inscripción del fallo que anula total o parcialmente el acto impugnado en los registros públicos a que hubiera tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos o diarios oficiales;
- también se atribuye al secretario judicial (en lugar de mencionar al "órgano judicial") la competencia para ordenar la publicación de la sentencia que anula total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas en el diario oficial que corresponda (ex artículo 107.2 LJCA);
- corresponderá al secretario dar traslado del incidente de ejecución que planteen la Administración pública o las partes procesales, de modo que todas ellas tengan un plazo común de 20 días para alegar lo que a su derecho convenga (ex artículo 109.2 LJCA);
- no se altera el régimen de la extensión de efectos (que permite extender los efectos jurídico-materiales de un pronunciamiento de plena jurisdicción a quienes no han sido parte en el proceso mediante un incidente de ejecución) de las sentencias firmes en materia tributaria y de personal, si bien se atribuye al secretario judicial en lugar de al Juez o Tribunal la responsabilidad de recabar de la Administración pública los antecedentes oportunos y el informe sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga en un plazo que se extiende, como en los casos anteriores, de los 3 a los 5 días. La resolución de la extensión de efectos sigue quedando, naturalmente, bajo la responsabilidad del Juez o Tribunal, que decidirá por medio de un auto (ex artículo 110.4 LJCA);
- en relación con el pleito testigo, que al igual que la extensión de efectos pretende evitar los llamados "actos en masa", la Ley 13/2009 mejora notablemente la redacción e introduce algunos cambios sutiles que, al menos formalmente, no constan en el precepto aún vigente: cuando en el pleito tramitado con carácter preferente se haya dictado sentencia y sea declarada su firmeza, corresponde al secretario judicial tomar la iniciativa de requerir a los recurrentes afectados por la suspensión de la tramitación de sus recursos (la ley elimina la referencia a que sean los recurrentes afectados por la suspensión los que puedan dirigirse al Juez o Tribunal de la ejecución) para que

soliciten la extensión de efectos de la sentencia firme, interesen la continuación del pleito suspendido (se recupera una redacción anterior a la modificación introducida en la LJCA por la Ley Orgánica 19/2003, cuando todavía era posible solicitar la continuación del proceso si se introducía algún argumento diferente a los analizados en la sentencia testigo) o manifiesten que desisten del recurso (sobre estas dos últimas posibilidades no se recogía mención alguna en el artículo 111 LJCA). También se adiciona una importante referencia a la obligación legal para el Juez o Tribunal de acordar la extensión de efectos de una sentencia firme, a menos que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula fuera contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los TSJ en el recurso de casación para la unificación de doctrina por infracción de normas autonómicas, o a menos que concurran algunas de las causas generales de inadmisibilidad del recurso previstas en el artículo 69 LJCA;

- por fin, en lo que respecta a las medidas que puede adoptar el Juez o Tribunal para lograr la efectividad del fallo una vez transcurridos los plazos señalados para su cumplimiento, será el secretario judicial el que aperciba a la parte incumplidora mediante notificación personal para que realice alegaciones, tras lo cual corresponde al Juez o a la Sala (en la redacción actual no se mencionan explícitamente) imponer las multas coercitivas establecidas o deducir el testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal correspondiente.

9. Procedimientos especiales

Son cinco los artículos de la LJCA que son modificados por la Ley 13/2009 en relación con el primero de los procedimientos especiales que regula la norma procesal contenciosa, el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (ex artículos 114 a 122):

- corresponderá al secretario judicial remitir un requerimiento al órgano administrativo correspondiente para que envíe el expediente administrativo acompañado de los datos e informes que estime procedentes, así como ponerlo de manifiesto a las partes por un plazo de 48 horas en que podrán realizar alegaciones;
- también se atribuye al secretario judicial la competencia para mandar seguir las actuaciones, mediante el dictado de un decreto, una vez remitido el expediente administrativo o transcurrido el plazo para su remisión. Esa responsabilidad ya no recae en el órgano jurisdiccional, que resolvía mediante auto. Ahora bien, si el secretario estima que no procede la admisión, no decide por sí mismo, sino que da cuenta al Tribunal para que sea éste —como hasta ahora— el que comunique a las partes el motivo en que pueda fundarse la inadmisión del procedimiento. La norma permite que, en el supuesto de que concurran posibles motivos de inadmisión del procedimiento, el secretario judicial convoque a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia en la que se les oirá sobre la procedencia de dar al recurso la tramitación correspondiente;
- si el Juez o Tribunal acuerda, mediante auto, seguir con este procedimiento especial, el secretario judicial deberá poner de manifiesto al recurrente el expediente y demás actuaciones para que en el plazo de 8 días pueda formalizar la demanda y acompañar los documentos;

- tras formalizarse la demanda, la Ley 13/2009 especifica que el secretario judicial es quien debe dar traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para que presenten sus alegaciones;
- en lo que afecta al derecho fundamental de reunión, que se tramita por este procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, la Ley 13/2009 introduce una pequeña modificación al atribuir al secretario judicial en lugar de al Tribunal la responsabilidad de convocar al representante legal de la Administración Pública, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes a una audiencia en la que el Tribunal oír a los personados y resolverá sin ulterior recurso. También se introduce, como novedad, la grabación de la audiencia y su documentación, de conformidad con lo previsto en el ya comentado artículo 63 LJCA en relación con el registro y la garantía de la autenticidad e integridad de lo grabado.

En lo que respecta a la cuestión de ilegalidad que puede plantear el Juez o Tribunal cuando considera ilegal el contenido de una disposición general aplicada, la Ley 13/2009 modifica tres artículos de la LJCA, de modo que ya no corresponderá al Juez o Tribunal que haya planteado la cuestión remitir copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo junto con la certificación del auto de planteamiento, sino que pasa a ser responsabilidad del secretario judicial, al igual que corresponde a éste acordar la publicación del citado auto en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.

La norma atribuye al secretario judicial la declaración de conclusión del procedimiento una vez que ha finalizado el plazo de personación y de alegaciones, aunque sigue residenciándose en el Tribunal el posible rechazo, en el trámite de admisión y mediante auto, de la cuestión de ilegalidad cuando faltaren las condiciones procesales. También se especifica en la norma que, cuando se interrumpe el plazo para dictar sentencia si el Tribunal decide reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna prueba de oficio, será el secretario judicial el que deba acordar oír a las partes sobre el expediente o el resultado de la prueba.

Por último, el secretario debe comunicar al Juez o Tribunal que planteó la cuestión de ilegalidad una vez que sea firme la sentencia que resuelva ésta.

En el procedimiento especial aplicable en los casos de suspensión administrativa previa de actos o acuerdos de las corporaciones o entidades públicas que deba ir seguida de la impugnación o traslado de aquéllos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley 13/2009 modifica los apartados 3 y 4 del artículo 127 LJCA, de modo que corresponderá al secretario judicial en lugar de al órgano jurisdiccional requerir a la corporación o entidad que dictó el acto o acuerdo para que remita el expediente administrativo, alegue lo que a su derecho convenga y notifique a los que tuvieran interés legítimo la existencia del procedimiento para que comparezcan ante el órgano judicial. También se traslada del órgano jurisdiccional —genéricamente citado— al secretario judicial, la responsabilidad de poner de manifiesto el expediente administrativo y las actuaciones a los comparecidos en el procedimiento, convocándolos para celebrar la vista.

10. Plazos, medidas cautelares, incidentes e invalidez de actos procesales

En las disposiciones comunes que recoge el título VI, artículos 128 a 139 LJCA, la Ley 13/2009 introduce algunas modificaciones en cinco de esos preceptos, de modo que:

- en lo que respecta a los plazos (ex artículo 128.1 LJCA), será el secretario judicial el que declare la caducidad del derecho y por perdido el trámite correspondiente, una vez que hayan transcurrido los plazos establecidos en las disposiciones procesales. Ya no lo hará el Juez o Tribunal mediante auto, sino el secretario mediante la resolución que proceda;
- respecto a las medidas cautelares, se modifica el artículo 131 LJCA, de modo que a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2009 será el secretario judicial quien ordene la audiencia de la parte contraria, aunque la decisión sigue residenciándose en el Juez o Tribunal, que resolverá por auto;
- si el Juez o Tribunal entiende que concurren en el caso circunstancias de especial urgencia, adoptará las medidas cautelares que procedan sin oír a la parte contraria, aunque convocará a las partes a una comparecencia sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar adoptada. Hasta aquí no se recoge novedad alguna, aunque la comparecencia suele ser convocada por el secretario judicial en el contexto de las funciones que asumen con la nueva Oficina Judicial, pero sí se añade un párrafo nuevo en el que se aclara que, en cuanto se refiere a la grabación y documentación de la citada comparecencia, se aplicarán las disposiciones ya comentadas del artículo 63 LJCA;
- respecto a las medidas cautelares que pueden adoptarse cuando la Administración Pública esté obligada a realizar una prestación concreta, cuando aquélla no ejecute sus actos firmes o en el supuesto de vía de hecho, el artículo 136 LJCA establece que podrán solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo, siempre que se solicite su ratificación al interponer el recurso, correspondiendo entonces al secretario judicial convocar a las partes a una comparecencia sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar adoptada;
- por último, por lo que respecta a los incidentes e invalidez de actos procesales, la Ley 13/2009 modifica el artículo 138.2 LJCA de manera que, cuando el órgano jurisdiccional (ahora se menciona expresamente al Juzgado o Tribunal), de oficio, apreciara la existencia de algún defecto subsanable, será el secretario judicial el que dicte una diligencia de ordenación (no resolverá el órgano mediante providencia) en que se reseñe ese defecto y otorgue un plazo para la subsanación, suspendiéndose el plazo para dictar sentencia.

La Ley 13/2009 realiza una última modificación en la LJCA, ex disposición adicional cuarta, consistente en la actualización de las referencias a ciertos órganos e instituciones frente a cuyas resoluciones o actos administrativos es posible la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de este orden de la Audiencia Nacional. Así sucede con la mención a la Agencia Española de Protección de Datos (ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo artículo 35 lo denomina "Agencia de Protección de Datos", si bien el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos ya incluye la referencia a su "nacionalidad"), a la extinta Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (sustituido por la Comisión Nacional de Energía, conforme a la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que constituye la CNE como un ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, y regulado por el

Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE), y a las resoluciones administrativas dictadas por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio que resuelven recursos de alzada contra actos dictados por la citada CNE (suprimiendo la mención al antiguo recurso ordinario).

IV. EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

El Consejo de Ministros del 13 de noviembre de 2009 dio cuenta a los ciudadanos del proceso de implantación de la nueva Oficina Judicial que el Ministerio de Justicia tiene previsto en una detallada hoja de ruta que finaliza en el año 2012. Así, la primera fase comenzará en la primavera de 2010, implicando a las ciudades de Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Logroño, Murcia, Palma de Mallorca, Ceuta y Melilla, así como a la Audiencia Nacional, ámbitos territoriales todos ellos en los que las comunidades autónomas no han asumido competencias en materia de Justicia. Se pretende acompañar el proceso de implantación con la entrada en vigor de la reforma de las leyes procesales (el 5 de mayo de 2010), si bien todos los trabajos preparatorios ya han sido iniciados por la mayoría de las Administraciones responsables. El programa de implantación contará con equipos de seguimiento locales y estará soportado por una base normativa, en desarrollo de las leyes de reforma procesal, en las que ya se han iniciado los trabajos.

La puesta en marcha de este nuevo modelo que sustituye a las tradicionales secretarías exigirá, asimismo, acometer importantes inversiones de adaptación tecnológica y de infraestructuras (ya muy avanzadas), un cambio cultural por parte de todos los actores de la Justicia (para lo cual se ha elaborado un Programa de Gestión del Cambio), y un proceso de formación de funcionarios y personal notablemente ambicioso.

Instrumentos para el acceso de los
ciudadanos a la Administración
Electrónica

Rubén Martínez Gutiérrez
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN. EL CONCEPTO JURÍDICO DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

1. Una precisión terminológica previa: la necesaria distinción entre e-Administración y e-Gobierno

Habitualmente se utilizan como conceptos equivalentes las expresiones Administración electrónica (*e-Government*) y Gobierno electrónico. Sin embargo, no debemos incurrir en el error de confundir la e-Administración y el e-Gobierno, ya que la primera se circunscribe al estudio del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), principalmente Internet, por las Administraciones públicas cuando desarrollan sus actividades burocráticas; mientras que el e-Gobierno es un concepto más amplio que el de Administración electrónica que implica la utilización de las TIC en las tareas de gobierno en toda su extensión¹ (incluyéndose en su esfera la e-Participación, la e-Democracia, el voto electrónico, etc., que quedan excluidas de la noción e-Administración, más estricta).

Una parte importante de la doctrina jurídica anglosajona se refiere al *e-Government* como equivalente de la expresión castellana e-Administración, al referirse al mismo como el empleo de las TIC en la realización de actividades estrictamente administrativas².

Esta circunstancia les ha llevado a acuñar una nueva expresión, la de *e-Governance*, para referirse a la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en las tareas de gobierno en toda su extensión (e-Gobierno)³. De este modo, vienen a distinguirse entre *e-Government* (aplicación de las TIC por las Administraciones públicas) y *e-Governance* (aplicación de las TIC en las tareas de Gobierno, por lo que se incluyen aquí fenómenos como por ejemplo, el voto electrónico o la *e-Democracy*)⁴.

Todos estos autores y Organizaciones Internacionales se refieren al *e-Government* como la aplicación de las TIC en las Administraciones públicas (Public Administrations).

Sobre esta misma cuestión han incidido Finger y Pecoud, quienes incluyen tres elementos dentro de la noción de *e-Governance*, a saber, el *e-Government*, la *e-Regulation*, y la *e-Democracy*. Véase, "From e-Government to e-Governance? Towards a model of e-Governance" (2003), en *Electronic Journal of e-Government*, Vol. 1, pág. 5, disponible en la web: www.ejcg.com; Fecha de consulta: 02.06.2007.; y Tubella Casadevall y Vilaseca Requena, *Societat del Coneixement* (Editorial UOC: Barcelona 2005, págs. 89 a 92).

A la luz del sistema institucional político-administrativo europeo resulta conveniente dotar de equivalencia a las expresiones *e-Government*, Administración electrónica y e-Administración, todas ellas referidas a la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación por las Administraciones públicas, y reservar el término e-Gobierno como equivalente al anglosajón *e-Governance*.

La mayoría de la doctrina jurídica administrativista de España y de Europa que se ha ocupado de analizar las implicaciones jurídicas de la actividad administrativa electrónica ha optado acertadamente por la equiparación semántica entre las tres expresiones ya citadas (*e-Government*, e-Administración y Administración electrónica)⁵.

En la Unión Europea, el 12 de septiembre de 2002 se lanzó el Boletín Terminológico número 45⁶ en el que se deja claro que "en inglés, las expresiones *eGovernment* o *Government on line* no hacen referencia al gobierno (...) sino a la Administración. Por tanto, son erróneas las traducciones eGobierno, Gobierno electrónico o Gobierno en línea". De esta manera, se entiende que en la Unión Europea, la expresión *e-Government* es equivalente a la expresión castellana Administración electrónica. La consolidación de esta interpretación comunitaria se produciría poco después con la traducción, del inglés al resto de lenguas oficiales, de su Comunicación *The Role of eGovernment for Europe's Future*. Dicha Comunicación ha sido traducida al castellano por la de *El Papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa*, consolidándose por tanto, la equivalencia entre *e-Government* y Administración electrónica.

2. El concepto jurídico de Administración electrónica

En la Comunicación de la Comisión titulada *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa* [Documento COM (2003) 567] se procede al análisis de la situación de la Administración en línea derivada del desarrollo de las distintas acciones comunitarias incorporadas en los Planes de Acción *eEurope* ejecutados en el marco de la llamada *Estrategia de Lisboa*⁷.

⁵ En esta línea se sitúan, Piñar Mañas, "Revolución Tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas provisionales para una reflexión", en VV.AA., *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy* (Thomson-Aranzadi: Cizur Menor (Navarra) 2007, pág. 61); Valero Torrijos, "El derecho de acceso a la información administrativa mediante sistemas informáticos y telemáticos", en *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo* (Archivo General de la Región de Murcia: Murcia 2001, pág. 59); y, Cerrillo Martínez, "Administración electrónica", en VV. AA., *Derecho y Nuevas Tecnologías* (Editorial UOC: Barcelona 2005, pág. 233).

⁶ Disponible en la web oficial de la UE: http://www.europarl.europa.eu/trans_es/plataforma/pagina/celler/bol45.htm; Fecha de consulta: 05.06.2007.

⁷ Iniciada en el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa celebrado los días 22 y 23 de marzo de 2000, en el cual se asumió el compromiso de potenciar la aplicación de las Tecnologías de Información y la

¹ Para profundizar en el sentido y dirección del Gobierno electrónico véase Aires, "O governo electrónico e a inclusão digital: duas faces da mesma moeda chamada democracia" (págs. 11 y ss.), y Mezzaroba, "A representatividade política na era da informação e o espaço reservado ao povo" (págs. 39 y ss.); ambos trabajos en Aires (Ed.), *Inclusão digital e governo eletrônico* (Prensas Universitarias de Zaragoza: Zaragoza 2008).

² Véase al respecto, Bekkers y Homburg, *The Information Ecology of E-Government (EGovernment as Institutional and Technological Innovation in Public Administration)* (IOS Press: Amsterdam 2005, págs. 6 y ss.); Heichlinger, *eGovernment in Europe's Regions* (EIPA: Maastricht (The Netherlands) 2004, págs. 3 y ss.); Eifert y Püschel, *National Electronic Government*, 1ª Edición (Routledge-Taylor&Francis Group: London and New York 2004, págs. 243 y ss.); UNITED NATIONS, *World Public Sector Report 2003. E-Government at the Crossroads* (United Nations: New York 2003, pág. 1); y OECD, *The e-Government Imperative* (OECD Publishing: Paris 2003, págs. 11 y sis).

³ En el mismo sentido, Aibar Puentes, "Gobernanza electrónica: innovación tecnológica y cambio organizativo en las burocracias públicas", en Fabra Valls y Blasco Díaz, *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universitat Jaume I: Castellón 2007, págs. 22 y 23).

⁴ Al respecto de la distinción trazada entre la *e-Governance* y la e-Administración (*e-Government*) resulta interesante acudir a la Web oficial de la UNESCO: http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=4404&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html; en la que se distinguen ambos conceptos, incluyéndose el de e-Administración dentro del más genérico de *e-Governance* (e-Gobierno).

Una de las consideraciones más relevantes que la Comisión pudo extraer del proceso de análisis efectuado fue, sin duda, la necesidad de establecer en un documento comunitario una definición de lo que debemos entender por Administración electrónica o *e-Government*. De este modo, en la citada Comunicación se determinó que "definimos aquí la administración electrónica como el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas".

En relación a dicha definición Alabau (2004) ha venido a señalar que ésta es la única definición sobre Administración electrónica que se puede encontrar en todo el repertorio programático y normativo de las Instituciones Comunitarias⁸.

La citada definición comunitaria resulta demasiado abierta y rebasa el ámbito de lo que debería considerarse dentro del concepto de e-Administración. En dicha definición no sólo se hace mención a la aplicación de las TIC en la actividad de las Administraciones públicas, sino que también se refiere a *los procesos democráticos y (...) a las políticas públicas*, incluyendo dentro de la misma las vertientes social y política (*e-Democracy*) en la aplicación de las nuevas tecnologías dentro del Sector Público⁹. Por estas razones, la definición comunitaria se aproxima mucho más al concepto de *e-Governance* (similar al que nosotros podríamos entender por e-Gobierno) que al de *e-Government* (e-Administración).

El concepto de Administración electrónica que debe utilizarse desde el punto de vista del análisis jurídico del fenómeno ha de ser un concepto en el que se incluya, en primer lugar, su consideración como nuevo modelo de administrar¹⁰, en segundo lugar, sus dos dimensiones: la interna y la externa¹¹, y en tercer lugar, la aplicación de la TIC a sus actividades caracterís-

ticas: el trabajo administrativo interno¹², las relaciones interadministrativas¹³, la prestación de servicios públicos¹⁴ y el desarrollo de procedimientos administrativos en sede electrónica¹⁵.

Sobre estas premisas, definimos la Administración electrónica como "un nuevo modelo de administrar basado en la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el desarrollo de las actividades administrativas con dos dimensiones diferenciadas: de un lado, la dimensión interna, que comprende la aplicación de las TIC en el trabajo administrativo interno y en las relaciones interadministrativas; y, de otro lado, la dimensión externa, referida a la aplicación de las TIC con el objetivo de ofrecer servicios públicos y procedimientos administrativos en sede electrónica a los administrados"¹⁶.

II. EL MARCO LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

1. La Ley de Administración electrónica: Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP)

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos pretende "dar el paso del *podrán* por el *deberán*", obligando a las Administraciones a la utilización de los medios electrónicos cuando así lo requieran los administrados. Se configura de esta manera legalmente un derecho de los ciudadanos a la Administración electrónica que conlleva una obligación correlativa para las Administraciones, que deberán articular todas sus actuaciones y procedimientos por medios electrónicos, haciendo efectivo de esta forma el derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración¹⁷.

Con carácter general podemos afirmar que "el desarrollo normativo —tanto legal como sobre todo reglamentario— que ha tenido la legislación básica anterior a la LAECSP se ha ca-

Comunicación en la Unión Europea.

⁸ Alabau, *La Unión Europea y su política para el desarrollo de la Administración Electrónica* (Fundación Vodafone: Madrid 2004, pág. 19); Disponible en la web: <http://personales.upv.es/aalabau/>; fecha de consulta: 18.01.2007.

⁹ En esta misma línea se ha manifestado Merloni, *Introduzione all'e-Government (Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione)* (G. Giappichelli Editore: Torino 2005, pág. 4).

¹⁰ La Administración electrónica supone quebrar con el papel como elemento angular de la tramitación de los procedimientos administrativos y en la realización de las actividades burocráticas. Las garantías del procedimiento administrativo insertas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) se han diseñado "mirando" al papel como elemento conductor de la tramitación administrativa y resulta lógico que al sustituir el papel por un nuevo soporte para el desarrollo de la actividad burocrática, el soporte electrónico, deban establecerse garantías jurídicas ajustadas a este nuevo soporte. Estas circunstancias implican la llegada de un nuevo modelo de administrar con una legislación específica: la ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

¹¹ La Administración electrónica debe diferenciar entre el *back office* (dimensión interna) y el *front office* (dimensión externa) de la Administración. En la dimensión interna no existe contacto con los administrados mientras que en la dimensión externa el contacto con el ciudadano es permanente. Así, la distinción se justifica porque la regulación de las dimensiones podrá ser distinta.

¹² El trabajo administrativo interno se desarrolla en el *back office* de la Administración y actualmente ya se desarrolla casi por completo de manera electrónica, por haberse demostrado claramente el aumento de la eficacia y de la eficiencia con la aplicación de las TIC en el desarrollo de estas actividades internas.

¹³ Las relaciones interadministrativas deberían desarrollarse electrónicamente y así, el intercambio de información, datos y documentos entre distintas Administraciones sería más ágil. Obviamente, el intercambio telemático de datos debería respetar la legislación reguladora de la protección de datos de carácter personal.

¹⁴ Actualmente las Administraciones ya prestan servicios públicos a través de sus portales Web públicos. En estos momentos se trata de servicios de carácter informativo, pero su caracterización como servicios públicos electrónicos implica una serie de cuestiones interesantes como por ejemplo, la posible exigencia de responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento del servicio público electrónico informativo.

¹⁵ La tramitación de procedimientos administrativos electrónicos debe ser uno de los ejes de la regulación de la Administración electrónica por lo que, lógicamente, debe incorporarse en su concepto jurídico.

¹⁶ A mayor abundamiento véase Martínez Gutiérrez, "Administración electrónica: origen, definición institucional y contexto actual" (2007), en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Número 14.

¹⁷ A mayor abundamiento sobre las implicaciones legales de la instauración del citado derecho nos remitimos a los exhaustivos trabajos de Blasco Díaz, "Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración" (2007), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, págs. 791 y ss.; y, Cotino Hueso, "Derechos del ciudadano", en Valero Torrijos y Gamero Casado, (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (Thomson-Aranzadi: Madrid 2008, págs. 117 y ss.).

racterizado por la timidez a la hora de reconocer derechos a los ciudadanos y, por consiguiente, para establecer obligaciones claras y terminantes para las Administraciones Públicas¹⁸. Una vez derogado el marco legal anterior, que consistía en sólo 4 artículos de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común: los artículos 38.9, 45, 59.3 y la Disposición Adicional 18ª; se ha procedido a confeccionar un completo marco legal que permite la plena implantación de la Administración electrónica en nuestro país.

La LAECSP es la norma legal básica que culminará con la fase de modernización de la Administración pública una vez que se haya completado el marco normativo de la e-Administración a través del desarrollo reglamentario de algunas previsiones de la Ley (nos encontramos en proceso de confección del marco reglamentario de desarrollo).

Tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LAECSP, mediante la Ley de Administración electrónica se pretende "dar respuesta a los compromisos comunitarios y a las iniciativas europeas puestas en marcha a partir de Consejo Europeo de Lisboa y Santa María da Feira, continuado con sucesivas actuaciones hasta la actual comunicación de la Comisión i2010: *Una Sociedad de la Información Europea para el crecimiento y el empleo*.

El impulso comunitario a la iniciativa e-Europa da la máxima importancia al desarrollo de la administración electrónica, buscando aprovechar todas las posibilidades de las nuevas tecnologías como un factor determinante del futuro económico de Europa.

En estos años de vigencia de la iniciativa e-Europa el ámbito de actuación de la administración electrónica ha crecido considerablemente en sucesivas revisiones, hasta llegar a noviembre de 2005, cuando, tras la publicación de la comunicación relativa a i2010 se aprobó, en la Cumbre de Manchester, una resolución ministerial, con objetivos concretos para el desarrollo de la administración electrónica en la Unión. Tras esta resolución se aprobó el *Plan de Acción sobre administración electrónica i2010*, que contiene un claro objetivo, implantar de forma efectiva procedimientos administrativos por medios electrónicos y ofrecer a los ciudadanos servicios públicos por estos mismos medios en 2010.

La Exposición de Motivos de la LAECSP no se refiere en momento alguno a la política nacional para la implantación de la Administración electrónica en España a pesar de que el Plan MODERNIZA establecía como medida "estrella" la futura articulación de una "Ley de Administración electrónica" para antes de 2008 y el establecimiento, en base a dicha norma jurídica, de una serie de medidas (interconexión de registros, red interadministrativa, transparencia, acceso a la información, rediseño de procedimientos, etc.) que propiciasen la prestación de servicios públicos electrónicos a los ciudadanos para 2010.

Como puede comprobarse, tanto la política comunitaria como la nacional para la implantación de la Administración electrónica pretenden conseguir la efectiva articulación del nuevo modelo de administrar para 2010 y precisamente este es uno de los objetivos capitales de la LAECSP.

Por otra parte, la LAECSP ha supuesto la elevación a nivel legal de muchas previsiones que con la anterior regulación habían sido desarrolladas mediante normativa reglamentaria dispersa. Así, la Ley de Administración electrónica ofrece una regulación más exhaustiva y sistemática de la actividad administrativa desarrollada por medios electrónicos, dotando ade-

más a la casi totalidad de sus previsiones de carácter básico al dictarse la Ley de conformidad "a las competencias del Estado" reconocidas en "el artículo 149.1.18 de la Constitución: *Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, por una parte y *procedimiento administrativo común por otra*"¹⁹.

De esta manera, y conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera de la LAECSP, todas las Administraciones públicas se encuentran sujetas al contenido básico de la Ley (que se corresponde con la mayoría de sus artículos), garantizándose así un tratamiento común para todas las Administraciones españolas en dichos aspectos.

Estas circunstancias determinan la consideración de la LAECSP como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración electrónica y de Procedimiento Administrativo electrónico Común²⁰. Es decir, la actividad administrativa tradicional se desarrollará conforme a las previsiones de la LRJPAC mientras que la realizada por medios electrónicos se regirá por las previsiones de la LAECSP. No sería de extrañar, en consecuencia, que en el futuro se produzca una fusión de ambas normas legales a través de la fórmula del texto refundido ya que tanto la LRJPAC como la LAECSP comparten idéntico fundamento constitucional, el artículo 149.1.18.

2. La entrada en vigor plena de la LAECSP

La Disposición Final Tercera de la Ley ha fijado como fecha tope para que las Administraciones se adapten a la e-Administración el 31 de diciembre de 2009, fecha en la que "en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la *totalidad de los procedimientos y actuaciones* de su competencia".

En el caso de las Administraciones autonómicas y locales, esta adaptación preceptiva deberá producirse igualmente a fecha de 31 de diciembre de 2009 "siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias". Por tanto, salvo que procediese la excepción indicada para alguna de las Administraciones autonómicas y locales, a partir del 1 de enero de 2010 la Administración electrónica deberá ser una realidad en nuestro país.

III. INSTRUMENTOS PARA EL ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos electrónicos y para la adecuada prestación de servicios públicos electrónicos es imprescindible articular y regular de la manera más precisa posible los instrumentos o herramientas tecnológicas que se han identificado como necesarias para implantar el nuevo modelo de Administración electrónica.

Estos instrumentos son cuatro: 1. La sede electrónica; 2. El registro electrónico; 3. La notificación electrónica; y, 4. La firma electrónica. En el presente trabajo, procederé a esta-

¹⁹ Exposición de Motivos, apartado II, de la LAECSP.

²⁰ Vid., Gamero Casado, "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes", en Valero Torrijos y Gamero Casado, (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (Thomson-Aranzadi: Madrid 2008, pág. 88).

¹⁸ Valero Torrijos, *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª Ed. (Comares: Granada 2007, págs. 3 y 4).

blecer las nociones básicas y estructurales de los mismos, de manera que el lector pueda comprender su significado y utilidad para la implantación de la Administración electrónica. Antes de comenzar con el análisis particularizado de cada uno de los cuatro instrumentos, es interesante realizar una indicación previa en relación a su futuro desarrollo reglamentario.

Cada Administración deberá garantizar el acceso de los ciudadanos a los Servicios Públicos habilitando estos cuatro instrumentos. En el caso de los dos primeros: la sede y el registro electrónico; se trata de herramientas que deberá poner en funcionamiento necesariamente la propia Administración, así, lo lógico sería que su creación y regulación se realice conjuntamente a través de una norma reglamentaria promulgada por la Administración titular del registro y de la sede electrónica. De otro lado, la notificación y la firma electrónica son instrumentos cuya creación y regulación viene impuesta por la normativa estatal sobre Administración electrónica ya que inciden en las comunicaciones electrónicas entre las distintas Administraciones y entre éstas y los ciudadanos. En consecuencia, lo recomendable sería que las Administraciones no diseñasen sus propios instrumentos de notificación y firma, accediendo a los mismos a través de la suscripción de un convenio de colaboración con el Ministerio de Administraciones Públicas (MAP) que les permita utilizar los sistemas estándar de notificación y firma que se encuentran habilitados en nuestro país: el Sistema de Notificaciones Telemáticas Seguras y Dirección Electrónica Única (Correos-MAP); y, la Plataforma de Validación de Firma electrónica @firma (Dirección General de la Policía-MAP, plataforma que es plenamente interoperable con el DNI-e).

1. La Sede electrónica

1.1. Concepto

La LAECSP establece en su artículo 10.1 que "la sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias".

Como bien apunta Valero Torrijos (2008 a), "lo cierto es que en puridad tal consideración resulta imprecisa" puesto que "la sede electrónica no es más que una prolongación *virtual* de las oficinas administrativas tradicionales, servidas por personal administrativo y a las cuales pueden dirigirse presencialmente —o incluso a través de otros medios como el teléfono— los ciudadanos para obtener información o realizar actuaciones administrativas"²¹. Podríamos afirmar que los portales Web de las Administraciones son los instrumentos a través de los cuales se produce la interacción con los administrados²², es decir, son las plataformas que las Administraciones utilizan para desarrollar las actividades propias de la dimensión externa o *front office* del modelo de Administración electrónica.

La LAECSP al considerar la "sede electrónica" como "aquella dirección electrónica" procede a equiparar incorrectamente la puerta de acceso a la sede con la propia sede. Es más, en

la práctica, una "sede electrónica" suele tener más de una "dirección electrónica" o puerta de acceso, es decir, que varias direcciones distintas fijadas en la barra de búsqueda del *navegador* de Internet nos pueden dar acceso a una única "sede electrónica"²³.

La sede electrónica es el medio en el que los ciudadanos se relacionan con las Administraciones en el modelo de e-Administración, al igual que las oficinas físicas lo son en el modelo de Administración "tradicional". El nuevo medio de interacción electrónico ya ha sido puesto en funcionamiento por muchas Administraciones con anterioridad a la promulgación de la LAECSP, medio que consiste en un portal Web que sirve de plataforma para la válida relación entre la Administración titular de la misma y los administrados que acceden a ella.

Por tanto, más que una "dirección electrónica", en el sentido que a tal expresión otorga la LAECSP, la sede electrónica debe ser definida como "el sitio o portal web de Internet, titularidad de una Administración pública, que sirve de plataforma para que los administrados puedan relacionarse con la misma recibiendo servicios públicos o entablando procedimientos administrativos electrónicos".

1.2. Presupuestos para la válida creación de las sedes electrónicas

El artículo 10 de la LAECSP dedica dos apartados (el 2º y el 3º) al establecimiento y regulación de los presupuestos que debe respetar toda sede electrónica para que sea considerada como tal.

Especialmente interesante en este sentido es el apartado 3 del artículo 10 que establece literalmente que "cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas".

Conforme a lo establecido por este precepto, cada Administración deberá proceder a la creación y regulación de su sede electrónica mediante un instrumento jurídico, en este caso, una norma reglamentaria (en la que a ser posible se creará y regulará también el registro electrónico de dicha Administración) que garantice el cumplimiento de los siguientes principios:

- Publicidad oficial: de manera que toda información publicada en la sede dispondrá de carácter oficial, por lo que su validez jurídica será incontestable.
- Responsabilidad: la información publicada en las sedes electrónicas tiene carácter de oficial y auténtica, de manera que si cualquier ciudadano se ve perjudicado por una información incorrecta publicada en una página Web pública podrá reclamar ante los tribunales de justicia el resarcimiento del perjuicio que la Administración le ha causado. La Administración titular de la sede es responsable de los servicios públicos de

²¹ Valero Torrijos, "Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos", en Valero Torrijos y Gamero Casado, (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (Thomson-Aranzadi: Madrid 2008, pág. 273).

²² Posibilitando la prestación de servicios públicos electrónicos, principalmente de carácter informativo, y el completo desarrollo de procedimientos administrativos electrónicos.

²³ Esta realidad, y la consiguiente distinción práctica de sede electrónica y dirección electrónica ha comenzado a observarse en la normativa autonómica de desarrollo. Concretamente, la Orden, de 25 de enero de 2008, de la Consejería de Sanidad y Servicio Gallego de Salud que regula los servicios prestados de forma electrónica, informática y telemática en la Consellería de Sanidad y el Servicio Gallego de Salud, es clarificadora de la citada distinción al establecer en su artículo 1º que "la sede electrónica de la Consejería de Sanidad y del Servicio Gallego de Salud será accesible a través de las direcciones electrónicas www.sergas.es y www.galiciasaude.es (estarán también accesibles a través de otras extensiones como ".org.es", siempre bajo el mismo nombre raíz de dominio)".

información que presta a través de la misma (apartado 2º del artículo 10). (Véase al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de enero de 2007²⁴).

- Calidad: la información y documentación publicada en la sede electrónica debe cumplir los parámetros de calidad, esto es, que se trate de información íntegra, veraz y permanentemente actualizada (apartado 2º del artículo 10).
- Seguridad: en el sentido de que las operaciones complejas que se desarrollen en sede electrónica, por ejemplo, la tramitación electrónica de procedimientos administrativos, deberá cumplir medidas de seguridad para evitar intromisiones ilegítimas en la realización de la actuación administrativa de que se trate.
- Disponibilidad: entendiéndose que la información y documentación deberá encontrarse estructurada de manera que permita su fácil localización, además de que la Administración deberá establecer en su sede electrónica toda la información que se entienda de libre acceso a los ciudadanos.
- Accesibilidad: los servicios públicos electrónicos disponibles en la sede deben ser plenamente accesibles para todos los ciudadanos sin distinción y, por tanto, deberá garantizarse la usabilidad del portal Web público, para que los colectivos con mayores dificultades (discapacitados y personas mayores) puedan recibir también servicios electrónicos.
- Neutralidad: la tecnología empleada en el desarrollo de las sedes electrónicas deberá ser neutral y no apostar por una determinada tecnología (por ejemplo, sólo acceso mediante Microsoft). La sede debe ser accesible desde el mayor número de plataformas posibles.
- Interoperabilidad: la conectividad entre las sedes electrónicas y las plataformas tecnológicas que usen otras Administraciones y los ciudadanos debe ser plena, garantizándose así el adecuado intercambio de información, datos y servicios entre los distintos agentes implicados en el modelo de Administración electrónica.

2. El Registro electrónico

2.1. Concepto

La LAECSP no ha incorporado la definición legal de lo que debe entenderse por registro electrónico. Resulta difícil establecer una delimitación conceptual precisa de los registros electrónicos por contraposición con los registros tradicionales, conforme destacó en su día la Exposición de Motivos del Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero²⁵, al establecer que “a pesar de la denominación de los mismos como registros, nos encontramos ante una figura radicalmente distinta a los registros convencionales, de tal modo que las funciones y funcionamiento de los registros telemáticos no pueden asimilarse al resto de los registros administrativos”. En efecto, resultaría de difícil justificación considerar a los registros electrónicos como órganos administrativos (artículo 5.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la

Administración General del Estado) tal y como son considerados los registros administrativos convencionales²⁶.

Los registros electrónicos deberían considerarse como una sección obligatoria de la sede electrónica del órgano administrativo titular del registro. Podría decirse que constituyen un departamento o unidad virtual dentro de la sede electrónica de la Administración (resultando conveniente su regulación conjunta²⁷). Lógicamente, al tratarse de instrumentos distintos, los registros electrónicos deberían disponer de un régimen jurídico preciso que regule todas las cuestiones específicas que se derivan de las funciones que desarrollan los registros electrónicos. Además, el personal que se encargue del mantenimiento de la sede electrónica debería ser el mismo que se ocupe de la aplicación de registro electrónico, pudiendo llegar a ser en algunos casos personal externo contratado por la Administración.

Por otro lado, la naturaleza jurídica de los registros electrónicos tampoco parece tener fácil acomodo dentro del esquema tradicional de los registros administrativos convencionales, que distingue entre registro general y auxiliar. Lo cierto es que resulta difícil equiparar los registros convencionales con los electrónicos, aunque en la práctica, las normas de creación de registros telemáticos promulgadas con anterioridad a la LAECSP (Órdenes Ministeriales en su mayoría) han determinado que la naturaleza jurídica de los mismos es la de registros auxiliares. Hay que recordar que estas normas de creación de los registros telemáticos no se han derogado por la LAECSP y que los mismos han de considerarse como registros electrónicos regulándose por lo dispuesto en los artículos 24 a 26 de la Ley y lo establecido en sus normas de creación²⁸. Las Órdenes de creación de registros electrónicos posteriores a la LAECSP, como la Orden TAS/408/2008, de 18 de febrero, o la Orden EHA/693/2008, de 10 de marzo, han optado por no dotar a los registros electrónicos de la naturaleza jurídica de registros auxiliares, guardando silencio al respecto, eso sí, establecen su necesaria integración en el registro general del órgano administrativo o Administración.

En realidad, la naturaleza jurídica de los registros electrónicos dependerá en buena medida del concepto que de los mismos se establezca. Así, debemos definir un registro electrónico como “una aplicación informática disponible en la sede electrónica del órgano administrativo titular de la misma capaz de recibir y remitir solicitudes, escritos y comunicaciones. Esta aplicación de registro electrónico debería integrarse formalmente en el registro general convencional de dicho órgano, de manera que el registro electrónico comunique toda anotación que se realice en el mismo al registro general”. La informatización de los registros generales convencionales a la que obligan los artículos 38.3 de la LRJPAC y 24.4 de la LAECSP permite que la integración, es decir, el funcionamiento conjunto de los registros convencionales y los electrónicos, sea real, efectiva y automática, cumpliendo así con las garantías jurídicas que el ordenamiento jurídico exige para el funcionamiento de los registros administrativos. Podría afirmarse, en consecuencia, que los registros electrónicos funcionan de manera análoga a los

²⁴ Comentada por Valero Torrijos: “Responsabilidad de la Administración Pública por información publicada en Internet (Comentario a la STSJ de Canarias de 25 de enero de 2007)” (2008), *Aranzadi Social*, núm. 17.

²⁵ Real Decreto por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, todavía en vigor.

²⁶ Una posición igualmente contraria a la consideración de los registros telemáticos como órganos administrativos puede verse en Bauzá Martorell, “Régimen jurídico de los registros telemáticos” (2003), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 118, pág. 183.

²⁷ Como ya se ha manifestado en el encabezado de este epígrafe 3.

²⁸ Ejemplos son las siguientes Órdenes Ministeriales: O. CTE/2500/2003, de 2 de septiembre; O. INT/3298/2003, de 2 de septiembre; O. APU/203/2004, de 29 de enero; O. ICT/3928/2004, de 12 de noviembre; entre otras.

registros auxiliares, consistiendo en oficinas de registro virtuales cuyas anotaciones registrales deben integrarse en el registro general del órgano administrativo.

Por último, es necesario destacar que los registros electrónicos son instrumentos que suelen articularse con carácter único para todos los órganos administrativos de una misma Administración, de manera que a través de la articulación de un solo registro electrónico se puedan recibir o remitir todas las solicitudes, escritos o comunicaciones que se dirijan o procedan de cualquiera de los órganos administrativos de la Administración titular del registro. La articulación de un "registro electrónico único" para todos los órganos que se integran en una misma Administración puede ser una buena solución para evitar la proliferación masiva de registros electrónicos propios de todos y cada uno de los órganos administrativos de cada una de las Administraciones, simplificando así la tarea del ciudadano a la hora de relacionarse electrónicamente con las Administraciones²⁹.

2.2. Cómputo de plazos

En relación al cómputo de plazos, debemos distinguir los efectos que la presentación produce para el administrado y los que produce para la Administración. Para el administrado la presentación efectiva en el registro (fecha de entrada), si la comunicación disponía de plazo, determinará que la misma sea considerada, ya que de resultar extemporánea, el órgano competente para tramitar o resolver podrá inadmitirla. Para la Administración, el inicio del cómputo determinará el momento en el que comienza a computar el plazo máximo para resolver y notificar, pudiendo entrar en juego el mecanismo del silencio administrativo al extralimitarse del plazo legalmente establecido.

a) Escritos presentados en fecha hábil

En el caso de la presentación de escritos, solicitudes o comunicaciones en un día considerado hábil por el calendario aplicable al registro electrónico, la fecha de entrada en el registro coincidirá plenamente con la fecha de presentación electrónica en el registro. En este supuesto resulta de aplicación lo dispuesto en el primer inciso del artículo 26.4 de la LAECSP en el que se establece que "el inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir los órganos administrativos y entidades de derecho público vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el propio registro (...)". Así, en el mismo momento en que se produce la presentación se iniciará para la Administración el cómputo de plazos para resolver y notificar.

La LAECSP no determina nada en relación al posible establecimiento de un horario de registro de entrada, en día hábil, para los registros electrónicos. Al no existir regulación legal al respecto, parece lógico interpretar que se considerará efectivamente presentada toda solicitud, escrito o comunicación que se haya producido durante las 24 horas de un día hábil. En consecuencia, se podrán presentar comunicaciones en los registros electrónicos, con eficacia de registro de entrada, hasta las 23 horas 59 minutos y 59 segundos de un día hábil³⁰.

²⁹ Esta es la solución que han adoptado los distintos Ministerios y también alguna Comunidad Autónoma, como es el caso de Navarra. Vid., las distintas Órdenes Ministeriales citadas en el presente apartado y la Ley Foral 11/2007, que aunque textualmente se refiere al "Registro General Electrónico" se entiende que a lo que quiere referirse es a la articulación de un "Registro Electrónico Único".

³⁰ El artículo 6.3 del Decreto 110/2006, de 9 de noviembre, que regula el registro telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y las notificaciones y certificados electrónicos (BOC de 27 de noviembre), se pronuncia precisamente en estos términos.

b) Escritos presentados en día inhábil. Regla para el inicio del cómputo

Los registros electrónicos admiten la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones a cualquier hora del día todos los días del año. Podría coincidir, por tanto, que la presentación electrónica en el registro se produjese en día inhábil según el calendario aplicable en dicho registro. Para estos supuestos la LAECSP ha establecido en su artículo 26.3 que "a los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles o naturales, y en lo que se refiere a cumplimiento de plazos por los interesados, la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente, salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil". De esta manera, si se produce la presentación electrónica en día inhábil la misma se entenderá efectuada en la primera hora del primer día hábil siguiente, es decir, a las 00.01 horas de dicho día hábil.

Por último, interesa destacar que en materia de registros electrónicos también resulta de aplicación la regla general prevista en el artículo 48.3 de la LRJPAC según la cual "cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente". Así pues, en el caso de que a un administrado el vencimiento de su plazo le corresponda con un día inhábil podría proceder a la presentación electrónica en ese mismo día inhábil o en el siguiente día hábil. En ambos casos se entenderá que la comunicación se ha presentado válidamente por aplicación del artículo 48.3 de la LRJPAC³¹.

3. La notificación electrónica

3.1. Significado y alcance de la notificación electrónica

Según la Real Academia Española "notificar" es "comunicar formalmente a su destinatario una resolución administrativa o judicial"³². A través de la notificación administrativa se da a conocer al interesado o interesados en un procedimiento un acto o una resolución administrativa. "La notificación es una conducta administrativa de información a los particulares por medio de la cual éstos pueden conocer el contenido de los actos administrativos y ajustar su conducta a lo que en ellos se establece"³³. Se trata de una "comunicación formal y personal que la Administración realiza al interesado informándole acerca del contenido del acto administrativo, de si ese acto es o no definitivo en vía administrativa y de las posibilidades de impugnación del mismo"³⁴.

La notificación es un requisito esencial para dotar de validez jurídica a las resoluciones o actuaciones de un procedimiento administrativo, de manera que ésta se constituye como presupuesto de la eficacia jurídica de la actuación administrativa formalizada. La notificación es una técnica instrumental que tiene una gran importancia práctica ya que de la misma se considera como un elemento condicionante de la eficacia del acto administrativo notificado, al configurarse como una garantía para el interesado.

³¹ A mayor abundamiento sobre esta precisión vid., Valero Torrijos, *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª Ed., op. cit., págs. 128 y 129.

³² Vocablo "notificar" del *Diccionario de la RAE*, 22ª Ed. Disponible en la web: www.rae.es.

³³ Velasco Caballero, "Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones" (2002), en *Justicia Administrativa*, número 16, pág. 37.

³⁴ Cantero Martínez, "Notificación y publicación", en VV.AA., *El Procedimiento Administrativo Común (Contenidos, Jurisprudencia y Formularios)*, Tomo I (Tirant lo Blanch: Valencia 2007, pág. 860).

La noción de notificación administrativa no variará según se practique por medios tradicionales o electrónicos. La notificación electrónica "posee, pues, la misma esencia de la notificación convencional"³⁵. La única variación se produce en el canal de comunicación que emplea la Administración para dar a conocer sus actos o resoluciones administrativas a los interesados. En la notificación electrónica se emplearán los medios electrónicos para proceder a la notificación administrativa del acto o resolución de que se trate.

3.2. El carácter voluntario de la notificación electrónica

La notificación administrativa es una garantía jurídica que la legislación administrativa reconoce en favor de los administrados.

Siendo así parece lógico que la LAECSP haya configurado la notificación electrónica como una opción, alternativa a la notificación convencional, cuya decisión corresponde adoptar al propio interesado, es decir, los administrados tienen libertad para decidir si quieren o no ser notificados por medios electrónicos. La elección de la forma de comunicarse con la Administración en el nuevo modelo de e-Administración corre a cargo de los administrados que serán quienes decidan voluntariamente si quieren interactuar electrónicamente con la Administración. Con el objetivo de asegurar el cumplimiento de esta garantía, la LAECSP establece el consentimiento como criterio general para la relación electrónica, de manera que sea el ciudadano el que determine de forma facultativa si quiere relacionarse con la Administración por medios electrónicos.

El apartado 1º del artículo 28 de la LAECSP se manifiesta en estos términos al establecer que "para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización". Una visión de conjunto del marco legal de la Administración electrónica nos lleva a determinar que cuando un administrado señale un medio electrónico como preferente para la práctica de las notificaciones en los términos del artículo 28.1 de la LAECSP, la Administración deberá proceder a practicar la notificación utilizando dicho medio, ya que el artículo 6.2.a) de la Ley garantiza el derecho de los ciudadanos "a elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas".

Esta interpretación global implica afirmar que la Administración se encuentra obligada a utilizar el medio que se haya señalado como preferente por el administrado para practicar las notificaciones que le afecten y, sólo en el momento en que dicho medio no se encuentre disponible por razones técnicas, la Administración deberá proceder a notificar por otros medios. Sin embargo, debemos avisar que la determinación expresa de un medio electrónico de notificación como preferente exige cierta diligencia al interesado (que fue quién eligió dicho medio), que ha de materializarse en el deber de consulta de la dirección electrónica proporcionada a la Administración, ya que de lo contrario la notificación podría entenderse rechazada (el derecho a elegir el canal de notificación conlleva el deber legal de ser diligente).

Por último, en cuanto a la elección del medio de notificación, el primer inciso del artículo 28.1 de la LAECSP señala que la facultad de elección por el interesado del medio preferente para ser notificado tiene la excepción de los supuestos en los que reglamentariamente se es-

³⁵ Martín Delgado, "Las notificaciones administrativas telemáticas", Punzón Moraleda (Coord.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías* (Lex Nova: Valladolid 2005, pág. 183).

tablezca la obligación de comunicarse con la Administración por medios electrónicos (artículo 27.6 de la LAECSP). En estos supuestos, no nos encontramos ante una facultad en manos del administrado, sino que la Administración es la que puede imponer la práctica de la notificación por medios electrónicos cuando así lo determine en una norma de rango reglamentario.

3.3. Funcionamiento del sistema: eficacia de la notificación

Para la práctica de notificaciones electrónicas el Ministerio de Administraciones Públicas y Correos S.A. han diseñado el Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras y de Dirección Electrónica Única (SNTS-DEU), que se ha convertido en el sistema estándar utilizado por la mayoría de Administraciones y administrados para proceder a notificar electrónicamente actos y resoluciones administrativas. El SNTS-DEU cumple con todas las garantías establecidas en la LAECSP que vamos a comentar a continuación.

El artículo 28.2 de la LAECSP determina que la notificación por medios electrónicos se entenderá practicada a todos los efectos legales cuando el interesado acceda al contenido de la misma. En el expediente administrativo se deberá dejar constancia de la fecha y hora en la que el interesado accede efectivamente al contenido del mensaje electrónico mediante el cual se le notifica un acto o resolución administrativa, es decir, el interesado deberá proceder a abrir el mensaje electrónico que contiene el acto o resolución, accediendo al contenido del mensaje que se encontraba disponible en su dirección electrónica (buzón electrónico). Por tanto, el momento a partir del cual la notificación electrónica producirá plena eficacia será en el que el interesado proceda a abrir el mensaje electrónico que porta el acto o resolución a notificar, independientemente de si procede a su lectura en ese mismo instante o en otro (momento que deberá quedar acreditado por el sistema de notificación que se utilice).

De otro lado, el apartado 3º del artículo 28 de la LAECSP establece una regla en función de la cual "cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 (...), salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso". A este respecto, el artículo 59.4 de la LRJPAC dispone que "cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento".

En consecuencia, cuando transcurran más de diez días naturales desde la puesta a disposición del mensaje electrónico que contiene la notificación en el buzón electrónico-DEU del interesado sin que éste haya abierto dicho mensaje, accediendo así a su contenido (que será el acto o resolución administrativa), se entenderá que la notificación ha sido rechazada y se tendrá por efectuado el trámite de la notificación siguiéndose con el procedimiento administrativo.

En estos supuestos, y siempre que no haya existido imposibilidad técnica o material de acceso acreditada, en el undécimo día natural desde la puesta a disposición se entenderá perfeccionada la notificación (de igual manera que si el interesado hubiese accedido a su contenido). Por tanto, en la práctica de la notificación por medios electrónicos no habrá segundo intento de notificación tres días después y en hora distinta como sucede en las notificaciones convencionales postales (artículo 59.2 de la LRJPAC).

4. El DNI-e y la Plataforma de Verificación del MAP. Instrumentos estándar para firmar electrónicamente³⁶.

Para garantizar una prestación de servicios electrónicos entre Administraciones y administrados que asegure de forma fehaciente el cumplimiento de los requisitos de identificación y autenticación exigidos por el ordenamiento administrativo se requiere la utilización de dos mecanismos tecnológicos distintos: la firma electrónica y la plataforma de verificación de la firma.

Todo administrado que quiera relacionarse por medios electrónicos con la Administración necesita emplear un sistema de firma electrónica que le permita demostrar de forma fehaciente su identidad, y en su caso, la autenticidad e integridad del mensaje electrónico y documentos que remite a la Administración. En principio, la LAECSP no determina prohibición de uso de cualquiera de las tres clases de firma electrónica, aunque, en atención a posibles problemas de interoperabilidad con su plataforma de verificación de firma, realiza una apuesta clara por el sistema de firma electrónica que se incorpora en el DNI-e (cuyos certificados reconocidos se gestionan por la Dirección General de la Policía-Ministerio del Interior).

La Administración, por su parte, debe asegurarse que el administrado que se dirige a ella por medios electrónicos y haciendo uso de un sistema de firma electrónica es la persona que dice ser, y por este motivo, tiene que utilizar una plataforma tecnológica de verificación de la firma electrónica que ha usado el administrado. El Ministerio de Administraciones públicas ha habilitado una Plataforma de Verificación de Firma, *@firma*, que podrá ser utilizada también por las Administraciones autonómicas y locales que suscriban con el MAP un convenio de colaboración.

Una vez que el DNI-e se encuentre implantado plenamente, su sistema de firma electrónica reconocida se convertirá de *facto* en el sistema universal que utilizarán la inmensa mayoría de los administrados, principalmente por razones de seguridad jurídica (es un sistema avalado por la Dirección General de la Policía) y de comodidad. La firma electrónica del DNI y la Plataforma de Verificación de Firma de la Administración General del Estado (*@firma*) terminarán por convertirse en el sistema y plataforma estándar en materia de firma y validación, debido a la gratuidad en el acceso a los mismos, la plena interoperabilidad entre ambos instrumentos y los altos niveles de seguridad en las operaciones de firma y autenticación.

BIBLIOGRAFÍA

- AIBAR PUENTES, "Gobernanza electrónica: innovación tecnológica y cambio organizativo en las burocracias públicas", en Fabra Valls y Blasco Díaz, *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universitat Jaume I: Castellón 2007).
- AIRES, "O governo electrónico e a inclusão digital: duas faces da mesma moeda chamada democracia", en Aires (Ed.), *Inclusão digital e governo eletrônico* (Prensas Universitarias de Zaragoza: Zaragoza 2008).

³⁶ En cuanto al estudio general del instrumento de firma electrónica nos remitimos al trabajo del Profesor Manuel Vázquez, por lo que en este apartado abordaremos sólo los sistemas estándar para la firma y la validación de la identidad que se presentan en el modelo de Administración electrónica.

- ALABAU, *La Unión Europea y su política para el desarrollo de la Administración Electrónica* (Fundación Vodafone: Madrid 2004, pág. 19); Disponible en la web: <http://personales.upv.es/aalabau/>; fecha de consulta: 18.01.2007.
- BAUZÁ MARTEORELL, "Régimen jurídico de los registros telemáticos" (2003), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 118.
- BEKKERS y HOMBURG, *The Information Ecology of E-Government (EGovernment as Institutional and Technological Innovation in Public Administration)* (IOS Press: Amsterdam 2005).
- BLASCO DÍAZ, "Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración" (2007), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136.
- CANTERO MARTÍNEZ, "Notificación y publicación", en VV.AA., *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*, Tomo I (Tirant lo Blanch: Valencia 2007).
- CERRILLO MARTÍNEZ, "Administración electrónica", en VV. AA., *Derecho y Nuevas Tecnologías* (Editorial UOC: Barcelona 2005).
- COTINO HUESO, "Derechos del ciudadano", en Valero Torrijos y Gamero Casado, (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (Thomson-Aranzadi: Madrid 2008).
- EIFERT y PÜSCHEL, *National Electronic Government*, 1ª Edición (Routledge-Taylor&Francis Group: London and New York 2004).
- FINGER y PECOUD, "From e-Government to e-Governance? Towards a model of e-Governance" (2003), en *Electronic Journal of e-Government*, Vol. 1, disponible en la web: www.ejeg.com;
- GAMERO CASADO: (2005) *Notificaciones Telemáticas* (Bosch: Barcelona).
- (2008) "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes", en Valero Torrijos y Gamero Casado, (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (Thomson-Aranzadi: Madrid).
- GAMERO CASADO y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Legislación de Administración electrónica y de Protección de Datos* (Tecnos: Madrid 2008).
- HEICHLINGER, *eGovernment in Europe's Regions* (EIPA: Maastricht (The Netherlands) 2004).
- MARTÍN DELGADO, "Las notificaciones administrativas telemáticas", Puzón Moraleda (Coord.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías* (Lex Nova: Valladolid 2005).
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ: (2007) "Registros, Medios Técnicos, Documentos y Copias", en VV.AA., *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*, Tomo I (Tirant lo Blanch: Valencia).
- (2007) "Administración electrónica: origen, definición institucional y contexto actual" (2007), en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Número 14.
- MERLONI, *Introduzione all'e-Government (Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione)* (G. Giappichelli Editore: Torino 2005).
- MEZZARROBA, "A representatividade política na era da informação e o espaço reservado ao povo", en Aires (Ed.), *Inclusão digital e governo eletrônico* (Prensas Universitarias de Zaragoza: Zaragoza 2008).
- OCHOA MONZÓ y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, "La permeabilidad de la actividad administrativa al uso de las tecnologías de la información y de la comunicación: hacia la Administración electrónica y el procedimiento administrativo electrónico", en Fabra Valls y Blasco Díaz, *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro* (Publicaciones de la Universidad Jaume I: Castellón, 2007).
- OECD, *The e-Government Imperative* (OECD Publishing: Paris 2003).
- PIÑAR MAÑAS, "Revolución Tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas provisionales para una reflexión", en VV.AA., *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy* (Thomson-Aranzadi: Cizur Menor (Navarra) 2007).

TUBELLA CASADEVALL y VILASECA REQUENA, *Societat del Coneixement* (Editorial UOC: Barcelona 2005).

VALERO TORRIJOS: (2001) "El derecho de acceso a la información administrativa mediante sistemas informáticos y telemáticos", en *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo* (Archivo General de la Región de Murcia: Murcia).

- (2007) *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª Ed. (Comares: Granada).
- (2008 a) "Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos", en Valero Torrijos y Gamero Casado, (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (Thomson-Aranzadi: Madrid).
- (2008 b) "Responsabilidad de la Administración Pública por información publicada en Internet (Comentario a la STSJ de Canarias de 25 de enero de 2007)", *Aranzadi Social*, núm. 17.

VELASCO CABALLERO, "Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones" (2002), en *Justicia Administrativa*, número 16.

UNITED NATIONS, *World Public Sector Report 2003. EGovernment at the Crossroads* (United Nations: New York 2003).

sección de derecho deportivo

Marco normativo del dopaje en el
deporte: una visión general, con especial
referencia a los procedimientos de
control

D. Rafael Comino Ríos
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

I. EL CONTROL DEL DOPAJE Y LA SALUD DE LOS DEPORTISTAS

1. Consideraciones generales

En contra de lo que se pueda pensar, el dopaje en el deporte no es un fenómeno de nuestros días. Si hacemos un poco de historia, habría que decir que parece ser que hay datos que corroboran que en el siglo III a.C. ya se puede hablar de sustancias utilizadas con este objetivo. Y en fechas mucho más recientes, siglos XIX y XX, es conocido como algunos deportistas utilizaban la cafeína o la cocaína para mejorar el rendimiento. En este sentido, la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF) fue la primera asociación deportiva que, en 1928, prohibió el uso de sustancias dopantes.

Pero verdaderamente, es en las últimas décadas del siglo pasado cuando los términos dopaje y deporte se ven estrechamente relacionados, principalmente cuando en los Juegos Olímpicos de Roma, en 1960, fallece el ciclista danés KHUD ENEMARK a consecuencia del uso de anfetaminas.

Este suceso provocó una primera reacción importante dentro del ámbito privado del deporte, sobre todo a nivel asociativo, en el que las autoridades deportivas, entre ellas las españolas, elaboraron sistemas de control del dopaje. Encontrándonos en la década de los ochenta que la mayoría de federaciones internacionales tenían establecido sus controles antidopaje para las competiciones oficiales.

Pero a pesar de esta reacción importante de los dirigentes del mundo del deporte, los casos de dopaje se han ido sucediendo año tras año en las diferentes modalidades deportivas, tanto a nivel internacional como en competiciones locales; recordemos el bochomoso drama para el deporte español que protagonizó el esquiador de origen alemán conocido como "Juanito" MUEHLEGG en los Juegos Olímpicos de Salt Lake City, en 2002, con una importante repercusión mediática y un enorme daño para el esquí español; los escándalos acontecidos en el Tour de Francia; la Operación Puerto; el caso del futbolista GURPEGUI; o el caso de los nadadores MECA y MAJZEN, entre otros muchos.

Por lo tanto, es por todos conocidos que son muchos los deportistas que han usado y usan sustancias o métodos prohibidos con el objetivo de aumentar artificialmente sus capacidades físicas y/o su rendimiento. Estas prácticas prohibidas, según el Prof. Millán Garrido "quebrantan la necesaria igualdad entre los competidores y vulnera los valores deportivos, propiciando el triunfo de quien utiliza el engaño y la trampa para superar al adversario", además de convertir "en perjudicial una actividad de suyo saludable".

En este sentido, si nos preguntáramos qué entendemos por dopaje, creo que la mayoría coincidiríamos en que el dopaje es la utilización de sustancias o métodos cuyo uso está prohibido en el deporte. Igualmente, también deberíamos considerar dopaje la promoción o la incitación a utilizar esas sustancias y métodos prohibidos.

Pero más allá de definiciones, el mundo del dopaje está compuesto de aspectos de indudable complejidad con incidencias sociales, económicas, y cómo no, jurídicas y deportivas. Aspectos que necesitarían un amplio análisis:

- la confidencialidad de los deportistas: garantizar que las sanciones impuestas se correspondan, únicamente, con conductas tipificadas y que no se añada un efecto perjudicial de publicidad;
- unido a lo anterior, la protección de datos de carácter personal, que garantice los derechos a la intimidad, al honor y al buen nombre;

- la necesaria conexión entre la legislación nacional y la internacional para reprimir el dopaje, en la que la resolución de los conflictos responden a estructuras totalmente diferentes, Derecho público en España y Derecho privado en el ámbito internacional, que se basan, por un lado, en la territorialidad, y por otro, en el vínculo asociativo voluntariamente asumido;
- la necesaria intervención de los Estados para luchar contra el dopaje, con la implicación de los médicos y todo el sistema del que carecen las federaciones, "matrimonio" necesario.

Pero lo que está claro es que, siguiendo a BOMBILLAR SÁENZ¹, el dopaje es una lacra para nuestro deporte, un problema de primera magnitud que nuestro ordenamiento jurídico pretende erradicar. El dopaje no sólo va en contra de los principios y valores que inspiran y conforman al mundo del deporte, adulterando la competición en la que participa un deportista dopado, sino que el dopaje también produce efectos perniciosos en la salud de todos aquellos que se dejan arrastrar por él, efectos que en algunos casos pueden llegar a ser devastadores.

2. Normativa de ámbito internacional

Debido a que la presente ponencia esta centrada en la normativa de ámbito nacional y sobre todo que las otras dos ponencias previstas en este 5º Congreso se refieren en parte al dopaje en el ámbito internacional, sólo voy señalar y hacer una ligera referencia, sin ánimo de exhaustividad, a la normativa de ámbito internacional, más importante, relacionada con la lucha contra el Dopaje, que es la siguiente:

- Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte 2005
El Boletín Oficial del Estado (nº 41) del 16 de febrero de 2007 publica el Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte hecho en París el 18 de noviembre de 2005 aprobada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en su 33ª reunión, celebrada en París, del 3 al 21 de octubre de 2005.
La finalidad de la Convención es promover la prevención del dopaje en el deporte y la lucha contra éste, con miras a eliminarlo.
- Convenio contra el dopaje, de noviembre de 1989, del Consejo de Europa
El Boletín Oficial del Estado (nº 140) del 11 de junio de 1992 publica el Instrumento de Ratificación del Convenio contra el dopaje (número 135 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989.
En dicho Convenio, las Partes firmantes establecen con vistas a la reducción y a la eliminación del dopaje en el deporte una serie de medidas necesarias, dentro de los límites de sus disposiciones constitucionales respectivas, para llevar a efecto, en el marco europeo, la lucha contra el dopaje.
- Código Mundial Antidopaje (WADA - AMA)
El Código persigue estos fines:

¹ BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel: "Algunas consideraciones acerca del régimen jurídico del dopaje en el deporte en nuestra Comunidad Autónoma Andaluza a la luz de la Ley Orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte", en Anuario Andaluz de Derecho Deportivo Nº 6. Signatura Ediciones. Sevilla, 2007.

- Proteger el derecho fundamental de los deportistas a participar en actividades deportivas, promover la salud y garantizar, así, a los deportistas del mundo entero la justicia y la igualdad en el deporte.
- Velar por la armonización, la coordinación y la eficacia de los programas antidopaje, en los niveles internacional y nacional, en cuanto a la detección, la disuasión y la prevención del dopaje.

El Código es el instrumento para estructurar las políticas, normas y regulaciones armonizadas entre la Autoridades Públicas y Deportivas, con el objetivo de actuar en los ámbitos principales del dopaje: controles, laboratorios, autorizaciones de uso terapéutico (AUT), protección y privacidad de información personal, y la Lista de Sustancias y Métodos Prohibidos.

Desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2004, el Código se constituye como una poderosa y efectiva herramienta para la armonización de los esfuerzos antidopaje en todo el mundo, habiendo sido aceptado por la inmensa mayoría de las Autoridades Públicas y Deportivas, y por el Tribunal de Arbitral del Deporte que basa sus resoluciones en los principios del Código.

Entre los objetivos marcados por la Agencia Mundial Antidopaje (WADA) está el que todas las normativas deportivas, en sus apartados relativos al dopaje, se basaran en la normativa establecida en el Código, a la fecha, más de 570 organizaciones deportivas de todo el mundo han aceptado el Código, incluyendo todas las Federaciones Internacionales de los deportes olímpicos, todos los Comités Olímpicos Nacionales y los Comités Paralímpicos Nacionales, el Comité Olímpico Internacional, y el Comité Paralímpico Internacional, entre otras.

3. Normativa de ámbito nacional

El análisis de la normativa nacional relativa al dopaje en el deporte debe iniciarse necesariamente con el estudio Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que establece en su Preámbulo lo siguiente: *“La Ley impulsa la necesidad de establecer instrumentos de lucha y prevención contra el consumo de sustancias prohibidas o el uso de métodos ilegales destinados a aumentar artificialmente el rendimiento de los deportistas, y esto tanto por el perjuicio que representa para la salud del deportista como por la desvirtuación del propio fenómeno deportivo. Medidas de prevención y control, definición de las sustancias prohibidas y métodos no reglamentarios.*

La creación de una comisión anti-dopaje y la obligatoriedad de someterse a controles por parte de los deportistas federados, son aspectos incluidos en el texto”.

El texto recoge el Título VIII del “Control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva”, que en su articulado (56 a 59) se establecía el marco normativo básico de la lucha contra el dopaje.

La aprobación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, ha supuesto una regulación totalmente nueva y mucho más detallada acorde con las exigencias actuales, quedando derogados expresamente casi todos los artículos del Título VIII (artículos 56 a 58), al igual que el artículo 76.1.d) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte².

² La letra d) derogada del apartado primero del artículo 76 establecía:

1. Se considerarán, en todo caso, como infracciones muy graves a las reglas de juego o competición o a las normas deportivas generales, las siguientes:

Igualmente cabría pensar que la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte deroga tácitamente la Orden de 11 de enero de 1996 que regulaba los aspectos relacionados con la realización de los controles de dopaje, pero la Disposición derogatoria única³ del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, hace que se alberguen dudas sobre su derogación total.

En el mismo sentido, el desarrollo normativo de la Ley Orgánica también ha propiciado derogaciones, como es el caso del Real Decreto 1313/1997, de 1 de agosto, por el que se establecía la composición y funciones de la Comisión Nacional Antidopaje que ha sido derogado por el Real Decreto 811/2007, de 22 de junio, por el que se determina la estructura, composición, funciones y régimen de funcionamiento de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje; y, el Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero, por el que se establecía el régimen de infracciones y sanciones para la represión del dopaje, parcialmente derogado (excepto en lo relativo a los animales que participan en competiciones deportivas) por el Real Decreto 63/2008, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje.

3.1. La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte

Para realizar un estudio de la Ley Orgánica 7/2006, en primer lugar, es necesario recordar que esta Ley se aprobó casi por unanimidad —302 votos a favor, 1 en contra y 7 abstenciones— lo que da buena cuenta de la sensibilidad existente respecto a la lucha contra el dopaje, siendo además una de las prioridades del Gobierno de esa fecha, en materia deportiva, junto a la erradicación de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

El proyecto había contado con un amplio respaldo de todos los grupos con representación parlamentaria, además del apoyo de entidades deportivas, tanto nacionales como internacionales, así como el apoyo de asociaciones especialistas en medicina deportiva y del propio Consejo General de Colegios Médicos de España.

La Ley Orgánica 7/2006 se aprueba con dos objetivos principales: de una parte, fortalecer los mecanismos de control y de represión del dopaje en el ámbito del deporte de alta competición y, de otra, crear un marco sistemático y transversal de prevención, control y represión del dopaje en general, considerado como una amenaza social, como una lacra que pone en grave

d) La promoción, incitación, consumo, o utilización de prácticas prohibidas a que se refiere el artículo 56 de la presente Ley, la negativa a someterse a los controles exigidos por órganos y personas competentes, así como cualquier acción u omisión que impida o perturbe la correcta realización de dichos controles, y el incumplimiento de la obligación de información impuesta a los deportistas en el artículo 58.1 de esta Ley, en orden a su localización, o el suministro de información falsa.

³ Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.* Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente real decreto.

No obstante lo anterior, en tanto se apruebe la Orden a que se refiere el apartado 2 del artículo 33 del presente real decreto, quedará en vigor respecto de la homologación de laboratorios de control del dopaje la Orden de 11 de enero de 1996 por la que se establecen las normas generales para la realización de controles de dopaje y las condiciones generales para la homologación y funcionamiento de laboratorios no estatales de control del dopaje en el deporte.

riesgo la salud, tanto de los deportistas profesionales como de los practicantes habituales u ocasionales de alguna actividad deportiva.

La Ley se aprobó como ley orgánica porque parte de su contenido está afectado por la reserva establecida en el artículo 81 de la Constitución Española, sin perjuicio, de que a través de la Disposición Final Quinta, se especifiquen aquellos preceptos y disposiciones, que deban tener la consideración de ordinarios. Razones de sistemática y de técnica legislativa aconsejaron su tratamiento en un sólo texto legislativo, normas de carácter ordinario y normas con carácter de ley orgánica al afectar a derechos fundamentales y al introducir un tipo específico entre los delitos contra la salud pública.

La Ley a penas modifica el modelo actual de organización administrativa al servicio del control del dopaje en el deporte, basado en que el ejercicio de la potestad disciplinaria derivada del dopaje en el ámbito del deporte de competencia estatal se atribuye a las federaciones deportivas españolas, bajo la tutela efectiva de la Administración General del Estado, a través del Consejo Superior de Deportes.

En relación con la organización administrativa, el artículo 4 de la Ley, bajo el régimen jurídico de organización y de funcionamiento previsto en la legislación de las Agencias Estatales, creo la Agencia Estatal Antidopaje, que una vez culminado el proceso de su creación con la aprobación de su Estatuto mediante Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, es el organismo que ha asumido un importante protagonismo en el desempeño de un papel de coordinación e integración de los poderes públicos y de las organizaciones deportivas a favor de un deporte sin dopaje.

Otra novedad importante es la establecida en el artículo 3 de la Ley, con la creación de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, órgano bajo la tutela del CSD, asumiendo la mayor parte de competencias de la Comisión Nacional Antidopaje y la Comisión Nacional para la Protección de la Salud del Deportista. Se pretende dar, de esta forma, una visión de conjunto, consustancial al modelo que diseña la Ley.

Este nuevo órgano del CSD asume funciones de gran relevancia en materia de protección de la salud de los deportistas, tanto en lo referido al deporte profesional de alta competición como a la práctica deportiva de base que, con carácter recreativo y saludable, desarrollan en España muchos deportistas.

La Ley realiza una nueva configuración de la potestad sancionadora en materia de dopaje, con novedades muy diversas. Se garantiza el cumplimiento del principio de reserva de ley, en tanto en cuanto todas las infracciones y sanciones, y las causas modificativas de la responsabilidad se contemplan eludiendo la remisión reglamentaria. Asimismo, se desarrolla una armonización de nuestras disposiciones legales con lo establecido en el Código Mundial Antidopaje y la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO.

Una de las novedades más importantes de la Ley es la configuración de la potestad disciplinaria en materia de dopaje como una competencia concurrente sucesiva, de forma que la competencia inicial que corresponde a las federaciones deportivas españolas se transfiera, por incumplimiento del plazo legalmente previsto, a la propia Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. De esta forma, se consigue no demorar la tramitación y resolución de los expedientes en materia de dopaje.

Igualmente de importante es el régimen novedoso de revisión de las sanciones, ya que sin merma alguna del derecho de defensa ni del derecho a la tutela efectiva, la Ley ha buscado formas jurídicas diferentes a las del régimen revisor común, a efectos de conseguir que la revisión no suponga una mayor demora. A este fin, y al amparo del artículo 107 de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se instaura un sistema de revisión administrativa especial que, con una fórmula arbitral⁴, sustituye al recurso administrativo clásico. Esta fórmula arbitral descansa, en el plano orgánico, en una Sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva que se recoge en el artículo 29 de la Ley Orgánica 7/2006 y se desarrolla en el Capítulo III del Real Decreto 63/2009, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje.

Las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva en esta materia agotan la vía administrativa y contra las mismas, únicamente, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo. El recurso se tramitará en única instancia y por el procedimiento abreviado previsto en el artículo 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁵.

El objetivo que busca la Ley con estas medidas es la agilización de los procedimientos y de los procesos, posibilitando que las resoluciones de los expedientes por dopaje tengan un cauce seguro, ágil y sencillo para su revisión administrativa y jurisdiccional, y que permita compaginar el conjunto de los intereses en juego, sin merma de garantías y derechos de los interesados en su revisión.

Otro aspecto importante de la Ley es el sistema de confidencialidad en el tratamiento de la información relativa al dopaje, con el objetivo de conseguir la identificación de las personas responsables de conocer y tratar la información, determinando responsabilidades en caso de una incorrecta o inadecuada custodia de una información y unos datos estrictamente confidenciales. Se trata de garantizar a los deportistas que las sanciones impuestas se correspondan, únicamente, con conductas tipificadas y que una publicidad pernicioso no agrave la situación de manera injusta e injustificable.

En este sentido, se establece un marco de garantías acorde con las exigencias de la regulación sobre protección de datos de carácter personal, que preserve los derechos a la intimidad, al honor y al buen nombre de los deportistas hasta que, efectivamente, se haya acreditado la infracción en el procedimiento correspondiente.

El Título II de la Ley "De las medidas de control y supervisión de productos, medicamentos y complementos nutricionales, que contengan sustancias prohibidas en la actividad deportiva" incluye una serie de medidas, como son la supervisión y revisión del contenido de los botiquines médicos en las competiciones deportivas, la determinación del seguimiento de los medicamentos y productos susceptibles de causar dopaje en el deporte, con el fin de conocer en que momento se altera la cadena de distribución comercial, poniendo los medios para impedir que esos mismos productos o falsificaciones de ellos lleguen al mercado en condiciones distintas a las que establece la normativa vigente para su dispensación, o la fijación de estrictas condiciones de comercialización y de control de los productos que pueden causar dopaje en el deporte.

⁴ Fórmula arbitral posiblemente de dudosa naturaleza, al ser impuesta por Ley.

⁵ Artículo 78.

«1. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 13.000 euros».

Otra de las novedades importantes de la Ley la representa el artículo 44, que con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las medidas indicadas, introduce un nuevo artículo 361 bis en el Código Penal⁶, cuya finalidad es castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud.

Finalmente, otro aspecto novedoso lo representa la creación de la Tarjeta de Salud del Deportista, que es un documento público, que expide el Consejo Superior de Deportes a los deportistas de alto nivel, así como al resto de deportistas federados, en el marco de los convenios específicos que a tal efecto se realicen por parte de las federaciones deportivas españolas. La tarjeta de salud tiene como finalidad que el deportista y el personal sanitario que le atiende dispongan de la mejor información clínica posible en el momento de decidir el tratamiento aplicable ante una dolencia.

La tarjeta de salud contendrá la información referida al conjunto de reconocimientos médicos, controles de salud y de dopaje, realizados al deportista desde la obtención de la correspondiente licencia federativa, el resultado de los mismos y las determinaciones médicas a tener en cuenta para una adecuada atención sanitaria del mismo. Asimismo, incluirá las autorizaciones de uso terapéutico concedidas y las bajas laborales y/o deportivas que haya tenido el deportista.

La Ley justifica todo el conjunto de medidas establecido con los siguientes objetivos: preservar la salud pública e individual en el deporte y la adopción de medidas efectivas contra un peligro cierto y contrastado, como es el dopaje, que puede comprometerlas o afectarlas, hasta el punto de poner en serio riesgo la vida misma de los deportistas, así como asegurar el juego limpio en la competición.

3.2. Desarrollo normativo de la L.O. 7/2006

Mediante la Disposición final sexta⁷ se habilita al Gobierno para que proceda al desarrollo normativo de la Ley. A continuación paso a analizar los aspectos más destacados de cada una de las normas aprobadas, realizándose por orden cronológico de aprobación.

Real Decreto 811/2007, de 22 de junio, por el que se determina la estructura, composición, funciones y régimen de funcionamiento de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje

La Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje es creada por el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/2006. Se trata de un «órgano colegiado adscrito al Consejo Superior

⁶ Ilícito penal ampliamente criticado por gran parte de la doctrina, por un lado, porque se configura un tipo penal de difícil configuración real, por no decir casi imposible, y por otro, por no entender adecuada la respuesta penal al dopaje en el deporte.

⁷ Disposición final sexta. *Desarrollo reglamentario y habilitación normativa.*

Uno. En el plazo de tres meses desde la publicación de la presente Ley, el Gobierno aprobará el Reglamento de composición y régimen de funcionamiento de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje.

Dos. En el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, el Gobierno aprobará el desarrollo reglamentario de la presente Ley.

Tres. Se habilita al Gobierno para aprobar, cuando proceda, cuantas normas sean precisas para garantizar la eficacia de las previsiones de la presente Ley.

de Deportes, e integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, federaciones deportivas españolas, ligas profesionales, deportistas y por personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico-técnico, deportivo, médico y jurídico».

La Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje asume las funciones de la Comisión Nacional Antidopaje y la Comisión Nacional para la Protección de la Salud del Deportista, al sustituir a ambos órganos, ya que la disposición derogatoria del Real Decreto así lo establece expresamente.

El presente Real Decreto afronta el desarrollo del artículo 3.3 de la Ley Orgánica 7/2006, estableciendo la composición, estructura organizativa y régimen de funcionamiento de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. Estableciéndose que tendrá una Subcomisión de Protección de la Salud y una Subcomisión contra el Dopaje en el Deporte, a las que corresponderá el ejercicio de funciones específicas en sus respectivos ámbitos de actuación.

La Comisión contará con un Consejo de Cooperación inter territorial contra el dopaje, instrumento de cooperación y de colaboración entre el Consejo Superior de Deportes y las Comunidades Autónomas en materia de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte. También contará con un Comité Asesor que será, a su vez, el órgano de asesoramiento científico-técnico, médico y veterinario de la Comisión.

Real Decreto 63/2008, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje

La Sección segunda y tercera del Capítulo III de la Ley Orgánica 7/2006 estableció un nuevo y ágil procedimiento de imposición de sanciones en materia de dopaje y de revisión de las mismas por los órganos administrativos. Dicha previsión normativa tiene su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 63/2008, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje.

El procedimiento disciplinario se regula atendiendo a los principios generales de la potestad administrativa sancionadora, pero incorporando la celeridad o inmediatez subyacente de la Ley Orgánica 7/2006 con el objetivo de agilizar al máximo la tramitación de los procedimientos y la revisión de las sanciones por dopaje.

Estas determinaciones no suponen un deterioro material de las garantías sustantivas de que disfrutaban los presuntos infractores, pues el procedimiento disciplinario cuenta con las suficientes garantías de participación del interesado, además de contar con el máximo respeto a la confidencialidad de los datos de los deportistas.

Este Real Decreto tiene por objeto regular el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias por dopaje.

Se aplicará en los siguientes procedimientos:

1. Para la imposición de sanciones disciplinarias por dopaje que tramiten los órganos competentes de las Federaciones deportivas españolas;
2. Para la imposición de sanciones disciplinarias por dopaje que tramite la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje;
3. Para la revisión en vía administrativa de las sanciones disciplinarias por dopaje.

No resultará de aplicación el real decreto, procediendo por tanto el procedimiento previsto en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, de disciplina deportiva, en los siguientes casos:

1. Cuando la sanción haya sido impuesta por un órgano diferente de los previstos en la Ley Orgánica 7/2006;
2. Cuando afecten a directivos de las federaciones deportivas españolas, ligas profesionales y, en su caso, entidades con funciones análogas;
3. Los procedimientos disciplinarios por dopaje que tramite y resuelva el Comité Español de Disciplina Deportiva a instancia o requerimiento del Presidente del Consejo Superior de Deportes, dirigido contra dirigentes y personal de entidades deportivas.

El Real Decreto sustituye por completo a los textos anteriores en lugar de modificarlos parcialmente, derogando expresamente el Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero, relativo al régimen de infracciones y sanciones en materia de dopaje. No obstante, del mencionado Real Decreto 255/1996 quedará en vigor lo referente a las infracciones y sanciones relativas a la administración o utilización de sustancias o prácticas prohibidas en animales destinados a la práctica deportiva.

Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje

Como ya se indicó anteriormente, en relación con la organización administrativa que establece la Ley Orgánica 7/2006, el artículo 4, y bajo el régimen jurídico de organización y de funcionamiento previsto en la legislación de las Agencias Estatales, crea la Agencia Estatal Antidopaje, que es el organismo que asume un importante protagonismo en el desempeño de la coordinación e integración de los poderes públicos y de las organizaciones deportivas a favor de un deporte sin dopaje.

La Agencia Estatal Antidopaje será el responsable material de la realización de los controles de dopaje que le sean encomendados por el Consejo Superior de Deportes. Asimismo, le corresponde la ejecución e impulso de una política de investigación en materia de prevención, de control del dopaje y de protección de la salud del deportista, que facilite un conocimiento actualizado de los avances científicos y tecnológicos en este ámbito, que permita, por tanto, abordar de manera rigurosa y eficiente la lucha contra un fenómeno complejo, difícil y en constante evolución.

Real Decreto 64/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección a la salud en el deporte

Según se establece en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje, las líneas centrales de la norma pueden resumirse en dos enunciados: "de una parte, actualizar los mecanismos de prevención y de represión del dopaje en el ámbito del deporte de alta competición y, de otra, crear un marco sistemático y transversal de prevención, control y represión del dopaje en general, considerado como una amenaza social, como una lacra que pone en grave riesgo la salud, tanto de los deportistas profesionales como de los practicantes habituales u ocasionales de alguna actividad deportiva".

La norma se concibe desde la perspectiva de abordar de modo integral la rechazable práctica del dopaje atendiendo a la protección de la salud del deportistas, cuyo título II de la «Protección de la salud en el deporte», recoge unos preceptos que se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.16.ª de la Constitución Española que establece la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad y en todo lo referente a la legislación de productos farmacéuticos.

El Real Decreto contiene medidas positivas para la protección de la salud y la erradicación del dopaje en el deporte, con el objetivo de concienciar de la importancia que entraña proteger la salud de los deportistas, promoviendo medidas informativas, investigadoras y ejecutivas para preservar su integridad física.

Se regulan los reconocimientos médicos, que en ningún caso pueden consistir en un mero trámite burocrático para la obtención de la licencia federativa; y en los que se tendrán en cuenta las peculiaridades de cada deporte.

Se concretan las determinaciones establecidas en la Ley Orgánica 7/2006 respecto de la tarjeta de salud del deportista y el sistema de información asociado a la misma, justificándose las facultades que al respecto se otorgan tanto al Consejo Superior de Deportes como a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje.

Se establecen unas medidas complementarias en la lucha contra el dopaje, donde se incluyen cuestiones como el marco normativo general en el que se encuadra la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, cuya competencia de aprobación corresponde a la Presidencia del Consejo Superior de Deportes

Se regula los libros-registro de tratamientos sanitarios y de productos administrados a los deportistas, la regulación de «botiquines, trazabilidad y otros productos susceptibles de causar dopaje en el deporte», incluyendo desde el contenido e inspección de botiquines hasta la cuestión de los productos nutricionales y alimenticios.

Igualmente, se trata la cuestión de las Autorizaciones de Uso Terapéutico, cuya regulación en el Real Decreto sigue las indicaciones de la Agencia Mundial Antidopaje y la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte de 18 de noviembre de 2005 de la UNESCO. Las solicitudes de Autorizaciones de Uso Terapéutico serán resueltas por el comité *ad hoc*, que orgánicamente se encuadra en la Comisión de Seguimiento y Control de la Salud del Dopaje, pero que actuará con plena autonomía funcional en el desempeño de sus atribuciones.

Finalmente, bajo el principio de preservar la intimidad y los derechos de los deportistas, el título IV del «Control del dopaje», regula un conjunto de cuestiones heterogéneas relacionadas con el proceso de control del dopaje: la regulación de los laboratorios de control del dopaje, en cuanto a sus requisitos y procedimiento de homologación y autorización, sus procesos de análisis, y sus deberes en cuanto a la confidencialidad y la custodia de muestras y de datos; la planificación de los controles de dopaje, determinando los criterios de selección de deportistas; las determinaciones precisas para lograr la localización de deportistas, mediante un procedimiento de comunicación de sus datos de residencia; los requisitos de las instalaciones del área de control de dopaje con que deben contar los recintos deportivos; los requisitos de los equipos para toma de muestras; los procedimientos de realización material de los controles de dopaje; y el modo de proceder al traslado de las muestras hasta los laboratorios.

Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección a la salud en el deporte

El Consejo de Ministros aprobó esta modificación al objeto de reforzar la Candidatura Madrid 2016, tratando de despejar cualquier posible duda sobre la adecuación del Real Decreto 641/2009 al Código Mundial Antidopaje y, asimismo, solventando con carácter definitivo, la salvedad de la Comisión de Evaluación del Comité Olímpico Internacional⁸ en torno al total cumplimiento del Código Mundial Antidopaje en España.

El Real Decreto 1462/2009 matiza la franja horaria para realizar los controles fuera de competición, que se establece de seis de la mañana a once de la noche y aclara las causas excepcionales que justifican los controles nocturnos⁹.

Asimismo especifica la definición de "control en competición" estableciendo que abarca desde doce horas antes de la participación del deportista hasta su finalización en competición y el proceso de recogida de muestras relacionado con ella¹⁰.

⁸ En las páginas 75 y 76 del Informe de la Comisión de Evaluación se recoge, relativo al control de dopaje, lo siguiente:

"España ha firmado la Declaración de Copenhague de la AMA y ratificado la Convención Internacional de la UNESCO contra la el dopaje en el deporte. En 2008 se crea la Agencia Española Antidopaje.

Madrid cuenta con un laboratorio acreditado por la AMA para el control de dopaje situado en el centro de la ciudad.

Legislación antidopaje en España fue completada con un Real Decreto de 17 de abril de 2009, que recoge un apartado específico para hacer frente a la disponibilidad de los atletas para la prueba de control. La Comisión no pudo determinar si la nueva legislación hace que el deporte español o las autoridades contra el dopaje sea totalmente compatible con el Código de la AMA. Es importante que este problema se resuelva.

El dopaje en España es un delito en virtud del artículo 39 del Código Penal español. Se trata de un delito que castiga al entorno del atleta por administrar o sugerir el uso de sustancias prohibidas o de métodos prohibidos por las autoridades antidopaje. El atleta en cuestión recibirá una sanción administrativa, aplicando el Código Antidopaje de la AMA. Las autoridades nacionales deberán cooperar con las agencias antidopaje".

Nota. – *El informe recoge el artículo 39 del Código Penal cuando creo que debería decir 361 bis.*

⁹ Con la modificación, el apartado primero del artículo 47 del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, queda establecido en los siguientes términos:

«De conformidad con la normativa internacional antidopaje y en especial el Código Mundial Antidopaje y sus normas de desarrollo, los controles de dopaje fuera de competición y los controles de salud que no se justifiquen por causas médicas, incluidas todas las relacionadas con el antidopaje, se realizarán en la franja horaria comprendida entre las seis de la mañana y las once de la noche.

Para facilitar el descanso nocturno del deportista, fuera de la franja horaria determinada en el párrafo anterior no se deberán realizar controles de dopaje fuera de competición ni controles de salud que no se justifiquen por causas médicas, incluidas todas las relacionadas con el antidopaje».

¹⁰ La definición del término «Control en competición» del anexo «Definiciones» del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, queda establecida en los siguientes términos:

«Salvo disposición en contrario a tal efecto en las normas de la Federación Internacional o del organismo antidopaje en cuestión, un control en competición es aquel al que se somete a un determinado deportista en el marco de una competición, es decir, desde 12 horas antes de celebrarse una competición en la que el deportista tenga previsto participar hasta el final de dicha competición y el proceso de recogida de muestras relacionado con ella».

Con la aprobación de esta modificación el Gobierno pretendía reforzar la candidatura de Madrid 2016, mostrando, una vez más, su firme y decidido apoyo a que Madrid organizara los Juegos Olímpicos de 2016. Esta reforma garantizaba la plena adecuación del Real Decreto 641/2009 al Código Mundial Antidopaje y a la normativa internacional que lo desarrolla.

II. EL CONTROL DEL DOPAJE

1. El procedimiento de control

Las Federaciones deportivas españolas son las encargadas de realizar las actuaciones necesarias para llevar a cabo los controles que determine el Consejo Superior de Deportes. Esta tarea puede ser realizada en exclusiva o con la ayuda de otras organizaciones antidopaje, la Agencia Estatal Antidopaje, las Federaciones internacionales o la Agencia Mundial Antidopaje.

En el caso de Federaciones deportivas españolas con escasa estructura, se podrán suscribir convenios de colaboración con la Agencia Estatal Antidopaje para que ésta se encargue de llevar a cabo los controles, no obstante, la potestad disciplinaria siempre corresponderá a la respectiva federación deportiva.

1.1. Planificación de los controles

La Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje en ejercicio de sus competencias planificará y programará los controles de dopaje a realizar en competición y fuera de competición. Dicha planificación y programación de los controles del dopaje se plasmarán en un Plan de Distribución de Controles y en un Plan Individualizado de Controles.

En el Plan de Distribución de Controles se incluirán los controles que como mínimo se hayan de realizar por las Federaciones deportivas españolas tanto en competiciones oficiales de ámbito estatal como fuera de competición a los obligados a someterse.

El Plan Individualizado de Controles incluye a los deportistas que, atendiendo a las circunstancias particulares de orden deportivo, médico o personal deban ser objeto de control y seguimiento. La inclusión en este plan será notificada individualmente a los deportistas afectados. Estos estarán sujetos a requerimientos específicos de datos sobre su localización para hacer efectivo el control individualizado. Sus datos formarán una base de datos, que bajo la supervisión del Presidente de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje será administrada por la misma.

1.2. Localización de los deportistas

Los deportistas con licencia que habilite para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal deberán facilitar los datos que permitan su localización. Dichos datos se proporcionarán mediante la cumplimentación del formulario que fue aprobado por Resolución de 30 de abril de 2009 de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes. En los deportes de equipo, la obligación podrá ser asumida por los clubes o entidades deportivas por delegación del deportista. Esta delegación deberá remitirse con carácter previo a la federación deportiva española correspondiente. En el resto de modalidades deportivas los deportistas podrán delegar expresamente el cumplimiento de esta obligación en su entrenador, delegado o cualquier otra persona con licencia deportiva.

Los deportistas incluidos en el Plan Individualizado de Controles tienen la obligación específica de cumplimentar el formulario de localización, proporcionando una información trimestral sobre su localización habitual.

1.3. Personal encargados de los controles

Una autorización administrativa otorga a los médicos y a los enfermeros la habilitación para actuar como Agentes de Control del Dopaje en España. La Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, podrá habilitar a personas que puedan actuar como escoltas acompañantes o escoltas testigos en un control de dopaje.

Las habilitaciones se podrán conceder como Agentes o como Oficiales de control de dopaje. La habilitación como Agente de control del dopaje está condicionada a la superación del curso de formación teórica y práctica que se regula en el Real Decreto 641/2009. La habilitación como Oficial de control de dopaje, a quien corresponde dirigir el equipo de una específica toma de muestras, exigirá estar en posesión del título universitario oficial que habilite para el ejercicio en España de la profesión de médico. El personal encargado de la recogida de muestra deberá contar con una formación teórica y práctica específica.

Los Agentes de control del dopaje que se designen por las federaciones deportivas o en su caso la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje constituirán un equipo de recogida de muestras que será específico para cada control. El equipo de recogida de muestras se encontrará dirigido por un Oficial de control del dopaje.

1.4. Realización de los controles

Todos los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal podrán ser seleccionados para someterse en cualquier momento a los controles en competición o fuera de competición. La obligación alcanza, igualmente, a los deportistas que hayan sido suspendidos en su licencia deportiva por haber incurrido en una infracción de dopaje y, en todo caso, con carácter previo a la rehabilitación de la licencia deportiva. Asimismo, la obligación se extiende a los deportistas en situación de baja federativa por enfermedad.

La Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje podrá extender esta obligación a deportistas en cualquier circunstancia.

De acuerdo con la normativa internacional antidopaje, los controles de dopaje fuera de competición no podrán iniciarse, ni realizarse durante una franja horaria comprendida entre las once de la noche y las seis de la mañana del día siguiente. Durante esas horas no podrá iniciarse ni realizarse en territorio español ningún control de dopaje fuera de competición, ni controles de salud que no se justifiquen por causas médicas, con independencia de que éste haya sido ordenado por una autoridad administrativa, federación deportiva u organismo internacional. La negativa de un deportista a ser sometido a controles de dopaje durante esta franja horaria no producirá responsabilidad alguna.

1.5. Área de control del dopaje

En todas las instalaciones y recintos deportivos donde se organicen competiciones, pruebas y encuentros deberá existir un recinto denominado "área de control del dopaje". Las Federaciones deportivas españolas velarán porque se cumpla lo anterior.

El "área de control del dopaje" deberá reunir unas exigencias mínimas y deberán preservar la dignidad y la intimidad de los deportistas sometidos a control.

El Oficial de control del dopaje será el encargado de constatar que el recinto cumple las condiciones de la zona destinada al control del dopaje, requiriendo al organizador para que se subsanen las deficiencias antes del inicio de la competición. Caso de que las mismas no fueran subsanadas, el Oficial de control del dopaje podrá decidir motivadamente la no realización del control.

El acceso al área de control del dopaje será, con carácter general, restringido, limitándose a las siguientes personas:

- El deportista requerido mediante notificación para pasar un control de dopaje.
- El acompañante del deportista.
- El equipo de recogida de muestras, incluyendo en su caso los escoltas.
- En su caso, el miembro de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el dopaje designado.
- El representante de las federaciones deportivas internacionales o la Agencia Mundial Antidopaje en los controles ordenados por estas.

Dentro del área de control del dopaje, y durante todos los procesos de recogida de muestras, se prohíbe la realización de cualquier documento gráfico o audiovisual y el uso de teléfonos móviles.

El Oficial de control de dopaje es el responsable de la instrucción, coordinación y dirección de las tareas de carácter material que componen la realización de los controles de dopaje.

1.6. Designación de los deportistas

Los deportistas que serán sometidos a control en competición o fuera de ella, se seleccionarán utilizando cualquiera de los medios siguientes:

- Designación directa.
- Sorteo, en el caso de controles aleatorios.
- Designación de acuerdo con los resultados deportivos.

La selección de los deportistas que deben pasar controles en competición podrá ser realizada mediante designación o por sorteo. La designación podrá ser, a su vez, previa o realizada *in situ*, de acuerdo con los resultados deportivos. La designación previa estará respaldada por un Plan Individualizado de controles y la designación de los controles *in situ* será realizada por el Oficial de control del dopaje.

En los controles en competición se podrán establecer designaciones no personalizadas previamente en los siguientes casos:

- En la obtención de un récord nacional, en cuyo caso el control será obligatorio para homologar el récord.
 - Según el puesto de clasificación en una competición.
- El sorteo de los deportistas que deban someterse a control en competición se realizará de la siguiente forma:
- En el caso de los deportes de equipo, una vez que el Oficial de control de dopaje tenga en su poder la lista de los participantes con su número de dorsal, en el momento y en presencia de los testigos que se determine en el correspondiente reglamento federativo, y garantizando la imparcialidad y la confidencialidad, procederá a elegir, de

entre todos los números de dorsales, los de los deportistas que deberán someterse a control, así como los de los reservas.

- b) En el caso de los deportes individuales, antes de celebrarse la competición y de acuerdo con el número de controles que deban llevarse a cabo, el Oficial de control del dopaje o la persona en que el mismo delegue sorteará los deportistas que, bien por haber obtenido medallas, bien por su puesto de llegada entre los diez primeros, bien entre el resto de los clasificados, deberán someterse al control, así como los reservas.

El método de sorteo puede consistir en:

- a) La elección de tarjetas numeradas colocadas boca abajo.
- b) La extracción de números o nombres de un contenedor cerrado o una bolsa.
- c) La utilización de un instrumento electrónico que proporcione números al azar.
- d) Cualquier otro método de selección justo y transparente.

1.7. Notificación de la selección a los deportistas en controles en competición

La identidad de los deportistas que deban ser sometidos a un control del dopaje en una competición no se conocerá antes de la finalización de la prueba o competición, previamente al inicio de los procesos del control. No obstante, cuando las circunstancias que concurren en un determinado deporte así lo aconsejen, la identidad de los deportistas seleccionados se podrá conocer quince minutos antes de la hora prevista para la finalización de la prueba o competición, siempre que sea autorizado por el Oficial de control del dopaje.

Tras la selección del deportista a controlar, deberá asegurarse que la información sólo sea revelada a aquellas personas que ineludiblemente necesitan conocerla para asegurar que el deportista puede ser notificado y controlado sin previo aviso.

El Oficial de control de dopaje o quien este designe notificará personalmente al obligado a someterse a control tal circunstancia.

La notificación al deportista de que ha sido seleccionado para someterse a control de dopaje se realizará con carácter general sin previo aviso, salvo casos excepcionales. El Oficial de control de dopaje o el miembro del equipo de recogida de muestras que este designe, debe practicar la notificación, que se realizará teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada modalidad deportiva y de cada caso concreto, garantizando el carácter sorpresivo del control. La notificación podrá realizarse al padre, madre o tutor del deportista en los casos en que este sea menor de edad o discapacitado.

Si el deportista se niega a identificarse, quien practique la notificación deberá hacer constar tal circunstancia y el Oficial de control del dopaje comunicarlo a la federación deportiva española correspondiente, con copia a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, a los efectos oportunos.

Una vez identificado el deportista, la notificación conlleva la información de las siguientes circunstancias:

- a) Que ha sido seleccionado para someterse a un control de dopaje.
- b) Cuál es el organismo responsable de la realización del control.
- c) El tipo de muestra a obtener.
- d) El derecho a designar a una persona, debidamente documentada, que podrá ser su médico, fisioterapeuta, entrenador o delegado, para que le acompañe durante el proceso de recogida de muestras.

- e) El derecho a solicitar una información adicional sobre la recogida de muestras.
- f) El derecho a no someterse a la prueba, si existe alguna justa causa de las indicadas en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica 7/2006, entendiéndose por justa causa la imposibilidad de acudir, como consecuencia acreditada de lesión o cuando la sujeción al control, debidamente acreditada, ponga en grave riesgo la salud del deportista.
- g) La obligatoriedad de someterse al control, y las consecuencias ante la resistencia o negativa para ello sin justa causa, que se encuentran establecidas en el artículo 14.1.c) de la Ley Orgánica 7/2006.
- h) La obligación de permanecer en todo momento bajo la observación de los componentes del equipo de recogida de muestras designados para ello, desde la notificación hasta la finalización del proceso de recogida de muestras.
- i) La obligación de identificarse en cualquier momento ante el miembro del equipo de recogida de muestras que lo solicite y mediante documentación oficial que confirme su identidad e incluya fotografía.
- j) Cuando se trate de un deportista discapacitado, el derecho a solicitar las adaptaciones necesarias que estén justificadas.
- k) La obligación de presentarse en el área de control del dopaje o en el lugar indicado para la recogida de muestras en las condiciones que indique la notificación.
- l) El derecho a solicitar una demora para presentarse en el Área de Control del Dopaje.
- m) El derecho a ser informado acerca del tratamiento y cesión de sus datos y de los derechos que le asisten en los términos previstos en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En el caso de que sea solicitada una demora por el deportista, el Oficial de control del dopaje podrá concederla, que en todo caso no será superior a sesenta minutos, pero el deportista deberá permanecer bajo la observación de un miembro del equipo de recogida de muestras.

Una vez practicada la notificación del control, el deportista quedará bajo la observación del Agente de Control del Dopaje, hasta que se presente en el área de control. En el caso de que la recogida de muestras sea de orina, la persona del equipo de recogida de muestras que acompañe al deportista deberá prohibirle ducharse o bañarse, y orinar.

1.8. Designación de los deportistas en los controles fuera de competición

Los controles fuera de competición serán por designación o aleatorios. Los controles se establecerán por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje establecerá un número determinado de controles aleatorios fuera de competición. Los mismos se articularán mediante un sorteo que se efectuará por el organismo responsable de los controles, ya sea la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, o bien la Federación deportiva española correspondiente. El sorteo siempre será confidencial.

Los controles fuera de competición por designación directa se realizarán en el marco de un Plan Individualizado de controles.

Además de los controles fuera de competición que realicen las Federaciones deportivas españolas con sus medios o los de la Agencia Estatal Antidopaje cuando así proceda, la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje realizará directamente la designación de los deportistas que deberán ser sometidos a estos controles, comunicando esta circuns-

tancia y los necesarios datos del deportista y del control, de forma confidencial, a la Federación deportiva española correspondiente. Cuando la Federación deportiva española reciba la comunicación, trasladará la misma, también de forma confidencial, al Oficial de control de dopaje que se designe para responsabilizarse de la recogida de muestras del citado control.

Los criterios para seleccionar a los deportistas para someterse a control, tanto en competición como fuera de ella, incluidos en los Planes Individualizados de controles serán los siguientes:

- a) Haber sufrido el deportista una lesión.
- b) Haberse retirado o ausentado el deportista de una competición en la que tenía prevista su participación.
- c) Iniciar o finalizar un periodo de baja.
- d) Tener el deportista un comportamiento que pudiera ser un indicador de utilización de dopaje.
- e) Producirse en el deportista una repentina y significativa mejora del rendimiento.
- f) Incumplimiento reiterado por el deportista del deber de facilitar la información relativa a sus datos de localización.
- g) La evaluación del historial del rendimiento deportivo del deportista.
- h) La evaluación del historial de controles de dopaje y de salud realizados al deportista.
- i) Encontrarse el deportista próximo a la retirada de la competición o al cambio de categoría, u otras circunstancias significativas.
- j) Reiniciar el deportista la competición tras cumplir una sanción.
- k) La percepción por el deportista o por su equipo, club o entidad deportiva de adscripción, de incentivos financieros a la mejora del rendimiento, como premios en metálico u oportunidades de patrocinio.
- l) Asociarse el deportista con un entrenador o un médico con antecedentes por la realización de prácticas de dopaje o por la comisión de delitos o infracciones contra la salud pública.
- m) Producirse una delación que suficiente y fundadamente implique al deportista.
- n) Producirse cualquier otra situación significativa (designación directa).

1.9. Toma de muestras

Para detección del dopaje podrán utilizarse los siguientes medios:

- a) La toma de muestras biológicas de orina o sangre.
- b) La realización de pruebas sobre el aire espirado.

En el momento de pasar los controles de dopaje los deportistas indicarán los medicamentos que estén consumiendo, los responsables de su prescripción y el alcance temporal del tratamiento.

Durante la recogida de muestras a un deportista requerido para pasar un control del dopaje, en el Área de Control sólo podrán estar presentes las siguientes personas:

- a) El Oficial de control del dopaje.
- b) Al menos un segundo Agente de control del dopaje, que actuará como Adjunto de control del dopaje o como Técnico de control del dopaje.
- c) En su caso, un acompañante, expresamente autorizado por el deportista.
- d) En caso de que el deportista sea menor de edad, el padre, madre o tutor del mismo.

- e) En su caso, un observador de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje.
- f) En los controles ordenados por las Federaciones deportivas internacionales o por la Agencia Mundial Antidopaje, un representante de las mismas.

En la sala de toma directa de la muestra el acceso de las persona autorizadas es limitada, ya que en el momento de la emisión de la orina sólo podrá acceder el deportista y una de las personas del Equipo de recogida de muestras, del mismo sexo del deportista, y en su caso el acompañante de un deportista discapacitado.

a) Recogida de muestras de orina

El deportista podrá elegir, de entre al menos dos, un recipiente desechable para la recogida directa de la orina. Una vez elegido el recipiente desechable para la recogida directa de la orina, el deportista y uno de los Agentes de control del dopaje verificarán que el mismo se encuentra inalterado. Si los recipientes no cumplen las garantías de integridad a juicio de los Agentes de control del dopaje, se suspenderá el control.

Una vez en la sala de toma de muestras de orina, el deportista deberá lavarse las manos y se retirará la ropa necesaria, al menos desde la cintura hasta las rodillas, subiendo las mangas para dejar claramente visibles los brazos y las manos, de forma que se pueda observar la emisión, directamente o a través del espejo que haya en la sala, sin ningún impedimento ni restricción.

El volumen de orina a recoger por el propio deportista en el recipiente desechable que haya elegido, en una o varias micciones sucesivas, será el que determine con carácter general la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. Mientras no se especifique por ésta lo contrario, el volumen total a recoger no será inferior a 80 mililitros, aunque en función de los análisis a realizar en la muestra podrá establecerse un mínimo de 110 mililitros.

El deportista deberá elegir, de entre al menos dos disponibles, un juego con los frascos «A» y «B» que cumplan los requisitos. El deportista y el Agente de control del dopaje verificarán que el juego elegido por el deportista se encuentra intacto.

Una vez abierto por el propio deportista el juego específico elegido, él mismo, junto con el Agente de control del dopaje, verificarán que los códigos de los frascos y de los tapones son coincidentes. Comprobada la codificación de los frascos «A» y «B» y de sus tapones de cierre, estos códigos se transcribirán por el Agente de control del dopaje en el formulario de control del dopaje, debiendo revisar el deportista y el Agente si esta transcripción es correcta. Tras la transcripción de los códigos el deportista, bajo la observación directa del Agente de control del dopaje, verterá en el frasco «B» el volumen mínimo de orina requerido. Este volumen será el determinado por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. Mientras no se especifique lo contrario, este volumen no será inferior a 25 mililitros, salvo que por los análisis a realizar en el laboratorio se determine un volumen mínimo de 35 mililitros. A continuación, y en las mismas condiciones que las indicadas, el deportista verterá en el frasco «A» la orina restante, es decir, no menos de 50 mililitros, salvo que por los análisis a realizar en el laboratorio se haya determinado un volumen mínimo de 65 mililitros, o en su caso el establecido por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. En todo caso, deberá quedar en el recipiente desechable un volumen residual de al menos 5 mililitros de orina.

Cuando se hayan vertido los volúmenes de orina en los frascos «A» y «B», el Agente de control del dopaje solicitará al deportista que cierre estos frascos con los tapones que actua-

rán de precinto; esta tarea podrá realizarla el Agente de Control del Dopaje previa autorización del deportista. Una vez cerrados los frascos, el deportista y el Agente de control del dopaje comprobarán su estanqueidad.

En caso de que la recogida de la muestra de realice a un deportista discapacitado que no pueda realizar por sí mismo algunas de las tareas necesarias, podrá delegar estas operaciones en su acompañante o en el propio Agente de control del dopaje, reseñándose esta autorización en el formulario de control del dopaje.

El Agente de control del dopaje medirá la densidad de la orina y el pH, si los valores obtenidos no son los óptimos, el Oficial de control del dopaje podrá decidir la conveniencia de recoger una muestra adicional, en cuyo caso se seguirá nuevamente el procedimiento.

Todas las muestras recogidas deben remitirse al laboratorio para su análisis, recogiendo los datos de todas ellas en el mismo formulario de recogida de muestras.

El Oficial de control del dopaje será responsable del mantenimiento de la identidad, integridad y seguridad de todas las muestras obtenidas, mientras se encuentren en el área de control de dopaje.

El Oficial de control del dopaje podrá decidir la recogida de una nueva muestra de orina, cuya codificación deberá consignarse en el formulario de control del dopaje como muestra adicional, indicando las razones para ello. Todas las muestras recogidas, tanto la principal como las adicionales, deberán ser remitidas al laboratorio para su análisis, como muestras individuales, sin mezclar entre ellas pero con conocimiento de esta circunstancia.

Una vez cumplido todo el procedimiento de recogida de muestra, el Agente de control del dopaje entregará al deportista el ejemplar correspondiente del formulario de control del dopaje, dejando constancia escrita de la hora de salida del mismo del área de control de dopaje. En dicho formulario se recogerán todas las observaciones acontecidas durante el procedimiento.

b) Extracción de muestras de sangre

La extracción de sangre se realizará en la «sala de extracción» por parte del Oficial de control del dopaje. El deportista elegirá, de entre al menos dos disponibles, el material de extracción. Si el material de extracción disponible no cumple las garantías de integridad a juicio de los Agentes de control del dopaje, se suspenderá el control remitiendo el Oficial de control del dopaje un informe a Federación deportiva española correspondiente y a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje.

Una vez seleccionado el material para la extracción de la muestra de sangre, el deportista deberá elegir un juego de transporte seguro, se deberá verificar que los códigos de estas etiquetas coinciden con los del contenedor de transporte.

Se deberá colocar una etiqueta longitudinalmente en cada uno de los tubos de vacío, en la parte superior, cerca de la boca del tubo.

La extracción se realizará conforme a las prácticas sanitarias convencionales. El Técnico de control del dopaje deberá extraer el volumen de sangre necesario según el tipo de análisis a realizar. Este volumen será el determinado por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. Mientras no se especifique lo contrario, este volumen será de 6 mililitros en total. No podrán realizarse más de tres intentos de insertar la aguja en el cuerpo del deportista.

c) Controles de aire espirado

Los controles de aire espirado se realizarán conforme a un protocolo que se aprobará por Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta del Consejo Superior de Deportes, que deberá prever el material a emplear, la fórmula de la recogida de las muestras correspondientes, la documentación del control y el transporte de las mismas.

1.10. Custodia y transporte de las muestras

El envío de muestras deberá ser precedido de la cumplimentación por el Oficial de control del dopaje del formulario de transporte, en el que en todo caso se relacionarán los códigos de las muestras y el medio de transporte utilizado. Dicho formulario deberá introducirse en sobre cerrado con una leyenda de «información confidencial» y dirigido al laboratorio que vaya a analizar las muestras. Deberá ser firmado por todos los Agentes de control de dopaje presentes, incluido el propio Oficial.

Las muestras podrán ser entregadas directamente al laboratorio o transportadas por una empresa de transporte. En ambos casos deberá cumplimentarse el Formulario de Cadena de Custodia, y en el caso de que sea una empresa de transporte la que entregue las muestras, deberá entregar al laboratorio un albarán de entrega junto con las muestras.

Las muestras de sangre deben remitirse en un contenedor que permita el transporte de muestras biológicas, que deberá de reunir las suficientes garantías.

2. El procedimiento disciplinario

2.1. Competencia e inicio del procedimiento

La competencia para la instrucción y resolución de los expedientes disciplinarios corresponde, inicialmente, a los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas previstos en sus Estatutos y Reglamentos. Se establece un plazo máximo de dos meses, ampliable a otro mes, para la resolución federativa, a contar desde la comunicación fehaciente del resultado por el laboratorio al órgano disciplinario. Si dicho plazo hubiere expirado sin resolución, la competencia será asumida por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006, la sustanciación de los procedimientos en materia de dopaje, en sede federativa, se realizarán en única instancia, ante el órgano federativo competente, sin que puedan ser objeto de recurso alguno dentro de la federación deportiva. La tramitación tendrá carácter de preferente.

La competencia para la instrucción y resolución de los expedientes disciplinarios que proceda llevar a cabo y que afecten a directivos de las federaciones deportivas españolas, ligas profesionales y, en su caso, entidades con funciones análogas, corresponderá en única instancia administrativa al Comité Español de Disciplina Deportiva. El procedimiento se sustanciará conforme a las normas de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y su normativa de desarrollo.

El procedimiento se incoará de oficio por el órgano disciplinario de la correspondiente federación deportiva española como consecuencia de:

1. La comunicación del resultado analítico adverso definitivo de un análisis por parte de una laboratorio de control de dopaje, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica

7/2006, tras la realización en el mismo del conjunto de trámites analíticos que en fase de detección se encuentren previstos reglamentariamente.

2. La comunicación de las diligencias previas tramitadas por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje según está previsto en la Ley Orgánica 7/2006.
3. Denuncia o le conste o reciba comunicación de los órganos y entidades competentes, y en particular de quienes intervienen en materia de controles antidopaje, de la presunta realización de conductas que pudieran ser constitutivas de infracción en materia de dopaje.

Una vez recibida la comunicación, se procederá a la apertura inmediata del procedimiento disciplinario, sin que los análisis y demás elementos de la comunicación del laboratorio puedan ser conocidos por ningún otro órgano federativo distinto al disciplinario. Este órgano deberá comprobar que ese deportista no está en posesión de una autorización para uso terapéutico expedida según la normativa vigente y registrada en la Agencia Estatal Antidopaje, que le autorice a utilizar esa sustancia detectada. Si la autorización para uso terapéutico ha sido expedida por parte de un organismo internacional a un deportista con licencia federativa para participar en competiciones de ámbito estatal, solamente se considerará válida si ha sido debidamente registrada en la Agencia Estatal Antidopaje.

El Real Decreto prevé la competencia de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje para la iniciación o continuación del procedimiento si transcurrido el plazo previsto de dos meses sin que se haya recibido comunicación de la resolución del procedimiento por el órgano disciplinario federativo competente, el Presidente de la Comisión asumirá de oficio la competencia.

La resolución fallada en única instancia tiene un sistema de revisión especial, al amparo del artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con una fórmula arbitral que sustituye al clásico recurso administrativo. Esta fórmula arbitral se corresponde con una sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva, que estará compuesto tanto por representantes del propio Comité, como de la persona implicada.

El procedimiento disciplinario en materia de dopaje deberá concluir en el plazo máximo de seis meses a contar desde la adopción del acuerdo de incoación del procedimiento, siendo el mismo un plazo de caducidad.

Por lo tanto, el procedimiento disciplinario en materia de dopaje terminará mediante resolución o por caducidad. Las resoluciones sancionadoras son inmediatamente ejecutivas, salvo que se dicte acuerdo de suspensión, y deberán ser comunicadas a la Agencia Estatal Antidopaje.

2.2. Sujetos pasivos

El art. 15 y siguientes de la Ley Orgánica 7/2006 contemplan de forma muy extensa las personas físicas y jurídicas que pueden incurrir en responsabilidad por actos relacionados con el dopaje, conformándose cuatro grupos diferenciados:

1. Deportistas;
2. Clubes y equipos deportivos;
3. Técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencia deportiva, directivos, dirigentes y personal de federaciones deportivas españolas, de ligas profesionales, de

entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos;

4. Médicos y demás personal sanitario de clubes o equipos.

2.3. Tipificación

La tipificación de las infracciones se efectúa en el artículo 14 de la Ley Orgánica, diferenciando entre infracciones muy graves y graves. La norma no tipifica ninguna infracción como leve.

Se consideran como infracciones muy graves:

- a) el incumplimiento de las obligaciones a que hace referencia el artículo 13.1 de esta Ley, que dé lugar a la detección de la presencia de una sustancia prohibida, o de sus metabolitos o marcadores, en las muestras físicas de un deportista;
- b) la utilización, uso o consumo de sustancias o métodos prohibidos o no autorizados en el deporte;
- c) la resistencia o negativa, sin justa causa, a someterse a los controles de dopaje, dentro y fuera de la competición, cuando sean exigidos o requeridos por los órganos o personas competentes; así como la obstrucción, no atención, dilación indebida, ocultación y demás conductas que, por acción u omisión, impidan, perturben o no permitan atender los requerimientos formulados por órganos o personas competentes para la recogida de muestras o para la realización de actuaciones en los procedimientos de control y represión del dopaje;
- d) el incumplimiento reiterado de las obligaciones a que hace referencia el artículo 13.3 de la Ley y de los requisitos relativos a la localización y disponibilidad de los deportistas para la realización de controles fuera de competición;
- e) el incumplimiento de las obligaciones relativas a la información sobre tratamientos médicos y obtención de autorizaciones para el uso terapéutico a que hace referencia el artículo 13.4 de la Ley, así como la vulneración de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley;
- f) la alteración, falsificación o manipulación de cualquier elemento de los procedimientos de control y de represión del dopaje;
- g) la posesión de sustancias o la utilización de métodos prohibidos o no autorizados en el deporte, cuando se carezca de una autorización de uso terapéutico o médico para su administración o dispensación, o cuando el volumen o cantidad de las sustancias, útiles o métodos sea injustificadamente elevado o desproporcionado para su administración o aplicación con fines médicos o terapéuticos;
- h) la administración, dispensa, ofrecimiento, facilitación o suministro a los deportistas de sustancias o la utilización de métodos no reglamentarios o prohibidos en la práctica deportiva;
- i) la promoción, incitación, contribución, instigación o facilitación de las condiciones para la utilización de sustancias o métodos prohibidos o no reglamentarios, o cualquier otra actividad que aliente a los deportistas a que utilicen productos o realicen conductas no permitidas por las normas de control de dopaje o que tenga por objeto poner a disposición de los deportistas sustancias o métodos prohibidos o no autorizados en el deporte;

- j) la colaboración o participación, por acción u omisión, en la puesta en práctica de los métodos no reglamentarios o en cualesquiera otras conductas que vulneren la normativa contra el dopaje.

Se consideran infracciones graves:

- a) el incumplimiento de las obligaciones a que hace referencia el artículo 13.3 de esta Ley y la vulneración de los requisitos relativos a la localización y disponibilidad de los deportistas para la realización de controles fuera de competición, salvo que se cometan de forma reiterada, en cuyo caso se considerarán infracciones muy graves;
- b) las conductas descritas en las letras a), b), e) y g) del apartado anterior, cuando afecten, versen o tengan por objeto sustancias o métodos identificados en el correspondiente instrumento jurídico como de menor gravedad, salvo que se cometan de forma reiterada, en cuyo caso se considerarán infracciones muy graves;
- c) la contratación, adjudicación, asignación o encomienda de la realización material de actividades sanitarias a personas o entidades que carezcan o tengan suspendida la licencia federativa o la habilitación equivalente, cuando este requisito resulte exigible para la realización de tales actividades; así como la realización material de las referidas actividades sin disponer de licencia federativa o habilitación equivalente o estando suspendida la que se hubiere obtenido.

2.4. Régimen sancionador

a) Sanciones a los deportistas

El alcance de la responsabilidad será el determinado en el régimen disciplinario que se establece en la Ley.

Por la comisión de las **infracciones muy graves** se impondrán las sanciones de suspensión o privación de licencia federativa por un período de dos a cuatro años o de cuatro a seis años para las infracciones previstas en las letras h) [administración y tráfico de sustancias o métodos dopantes] o i) [promoción o facilitación del dopaje] del artículo 14.1 y, en su caso, multa de 3.001 a 12.000 euros.

Cuando se cometan por segunda vez las referidas conductas, la sanción consistirá en la privación de licencia federativa a perpetuidad y, en su caso, la correspondiente sanción pecuniaria.

Las sanciones personales de multa, en los casos de los deportistas, sólo podrán imponerse cuando éstos obtengan ingresos, que estén relacionados a la actividad deportiva desarrollada.

Por la comisión de las **infracciones graves**, se impondrá la sanción de suspensión o privación de licencia federativa por un período de tres meses a dos años y, en su caso, multa de 1.500 a 3.000 euros.

Cuando se incurra por segunda vez en alguno de los ilícitos antes referidos, la conducta será calificada como infracción muy grave y dará lugar a la aplicación de las sanciones de suspensión o privación de licencia federativa por un período de dos a cuatro años y, en su caso, multa de 3.001 a 12.000 euros.

Si se cometiere una tercera infracción, la sanción consistirá en la privación de licencia federativa a perpetuidad y, en su caso, la correspondiente sanción pecuniaria.

b) Sanciones a los clubes y equipos deportivos

Por la comisión de las **infracciones muy graves** previstas en el apartado primero del artículo 14 se impondrán las sanciones de multa de 6.001 a 24.000 euros y, en su caso, pérdida de puntos o puestos en la clasificación o descenso de categoría o división.

Cuando en las referidas conductas esté involucrado un menor de edad, o en caso de reincidencia, la sanción pecuniaria únicamente podrá tener carácter accesorio y se sancionará con multa de 24.001 a 50.000 euros.

Por la comisión de las **infracciones graves** se impondrá la sanción de multa de 1.500 a 6.000 euros.

Cuando se incurra por segunda vez en alguno de los ilícitos antes referidos, la conducta será calificada como infracción muy grave y dará lugar a la aplicación de las sanciones de multa de 6.001 a 24.000 euros y, en su caso, pérdida de puntos o puestos en la clasificación o descenso de categoría o división.

Si se cometiere una tercera infracción, la sanción pecuniaria únicamente podrá tener carácter accesorio y se sancionará con multa de 24.001 a 50.000 euros.

c) Sanciones a técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencia deportiva, directivos, dirigentes o personal de federaciones deportivas españolas, de ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos

Por la comisión de las **infracciones muy graves** se impondrán las sanciones de inhabilitación temporal para el desempeño de cargos deportivos o privación o suspensión de licencia deportiva o habilitación equivalente durante un período de dos a cuatro años o de cuatro a seis años en el caso de las letras h) e i) del artículo 14.1 y, en su caso, multa de 3.001 a 12.000 euros.

Cuando en las referidas conductas esté involucrado un menor de edad, o cuando se cometan por segunda vez, la sanción consistirá en la inhabilitación para el desempeño de cargos deportivos o privación o suspensión de licencia deportiva o habilitación equivalente a perpetuidad.

Por la comisión de las **infracciones graves** se impondrá la sanción de suspensión o privación de licencia federativa por un período de tres meses a dos años y, en su caso, multa de 1.500 a 3.000 euros.

Cuando se incurra por segunda, la conducta será calificada como infracción muy grave y dará lugar a la aplicación de las sanciones de inhabilitación para el desempeño de cargos deportivos o privación o suspensión de licencia deportiva o habilitación equivalente por un período de dos a cuatro años y, en su caso, multa de 3.001 a 12.000 euros.

Si se cometiere una tercera infracción, la sanción consistirá en la inhabilitación para el desempeño de cargos deportivos o privación o suspensión de licencia deportiva o habilitación equivalente a perpetuidad y, en su caso, la correspondiente sanción pecuniaria.

d) Sanciones a los médicos y demás personal sanitario de clubes o equipos

Los médicos de equipo y demás personal que realicen funciones sanitarias bajo licencia deportiva o habilitación equivalente y que incurran en alguna de las conductas previstas como **infracciones muy graves**, serán sancionados con privación o suspensión de licencia fede-

rativa durante un período de dos a cuatro años o de cuatro a seis años letras [en los casos de las letras h) e i) del artículo 14.1] y multa económica de 3.001 a 12.000 o 6.001 a 24.000 euros, dependiendo de la infracción.

Cuando en las referidas conductas esté involucrado un menor de edad, o cuando se cometan por segunda vez, la sanción consistirá en la privación de licencia federativa a perpetuidad y, en su caso, la correspondiente sanción pecuniaria.

En el caso de **infracciones graves** las sanciones de privación o suspensión de licencia federativa serán por un período de tres meses a dos años y, en su caso, multa de 1.500 a 3.000 euros.

Cuando se incurra por segunda vez en alguno de los ilícitos antes referidos, la conducta será calificada como infracción muy grave y dará lugar a la aplicación de las sanciones de suspensión o privación de licencia federativa por un período de dos a cuatro años y, en su caso, multa de 3.001 a 12.000 euros.

Si se cometiere una tercera infracción, la sanción consistirá en la privación de licencia federativa a perpetuidad y, en su caso, la correspondiente sanción pecuniaria.

e) Disposiciones complementarias a los dos apartados anteriores

Se establece en los apartados cuarto de los respectivos artículo de la Ley, como disposición complementaria, que tanto las personas físicas o jurídicas, sancionables en el artículo 17, como el personal que realice funciones sanitarias, sancionables en el artículo 18, que incurra en conductas tipificadas como infracciones, sin disponer de licencia federativa o de habilitación equivalente, pero preste servicios o actúe por cuenta de federaciones deportivas españolas, ligas profesionales o entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, o de personas o entidades integradas dentro de dichas organizaciones, no podrán obtener licencia deportiva o habilitación que faculte para realizar funciones sanitarias, ni ejercer los derechos derivados de la licencia deportiva por un período equivalente a la duración de las sanciones de privación o suspensión de licencia deportiva o habilitación equivalente.

Estas conductas serán consideradas como infracción de la buena fe contractual a los efectos del artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Las federaciones deportivas españolas, ligas profesionales y entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, adaptarán su normativa para incluir estas previsiones, que serán compatibles con la responsabilidad civil que en cada caso proceda y con la depuración de las responsabilidades que resulten exigibles en virtud de lo dispuesto en la presente sección.

Igualmente, respecto de los profesionales sanitarios, y en relación al art. 43 de la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria deportiva y de la estrictamente laboral, los órganos disciplinarios comunicarán a los correspondientes colegios profesionales los actos realizados por estas personas a los efectos de la correspondiente sanción colegial, si procede.

f) Criterios para la imposición de sanciones en materia de dopaje

Cuando un deportista incurra por primera vez en una de las infracciones previstas en esta norma se le impondrá, aplicando el principio de proporcionalidad, las sanciones establecidas en el artículo correspondiente apreciando las circunstancias concurrentes.

Para la apreciación de las circunstancias concurrentes y la graduación de la sanción se utilizarán, en todo caso, los criterios establecidos en el Código Mundial Antidopaje.

La graduación de las sanciones se hará atendiendo al criterio de proporcionalidad y de las circunstancias que concurren en cada caso, específicamente las que se refieren a la existencia de intencionalidad, conocimiento, grado de responsabilidad de sus funciones y naturaleza de los perjuicios causados, así como las demás que puedan servir para la modulación de la responsabilidad.

En caso de una segunda infracción muy grave, la sanción consistirá en la privación con carácter definitivo de licencia federativa o habilitación equivalente, en la inhabilitación definitiva para el desempeño de cargos federativos o privación de licencia federativa con carácter definitivo y, en su caso, la imposición de la correspondiente sanción pecuniaria en su cuantía máxima.

g) Sanciones pecuniarias

Las sanciones personales de multa, en los casos de deportistas, solo podrán imponerse cuando éstos obtengan ingresos que estén asociados a la actividad deportiva desarrollada. Por lo tanto, el deportista debe obtener una retribución por su labor.

Las multas impuestas por las federaciones deportivas españolas, la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, y, en su caso, por el Comité Español de Disciplina Deportiva, serán ejecutadas, en caso de impago, de forma forzosa según se establezca en Reglamento General de Recaudación¹¹.

El producto de las multas recaudado por dicho procedimiento constituye un ingreso de Derecho público que se afecta al cumplimiento de los fines de investigación indicados en el artículo 4 de la Ley, y que permitirán generar al Consejo Superior de Deportes los créditos necesarios para el desarrollo de dicha actividad, cuya realización material se llevará a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley.

h) Consecuencias accesorias de la infracción y alteración de resultados

En los deportes individuales, la comisión de infracciones previstas en la Ley implicará la retirada de premios o medallas, la anulación de los resultados individuales y la descalificación absoluta del deportista en la prueba o competición en cuestión, en los campeonatos de los que forme parte o a los que esté vinculada la prueba o competición.

Los efectos de estas medidas podrán extenderse a las pruebas, competiciones o campeonatos que se hubieran celebrado con posterioridad, en fechas adyacentes o coincidiendo con la toma de muestras al deportista o con la comisión de la infracción.

En los deportes de equipo, y con independencia de las sanciones que puedan corresponder, los órganos disciplinarios deberán pronunciarse sobre la procedencia de alterar, en su caso, el resultado de los encuentros, pruebas, competiciones o campeonatos. Para ello ponderarán las circunstancias concurrentes y, en todo caso, la participación decisiva en el resultado del encuentro, prueba o competición de quienes hayan cometido infracciones y la implicación de menores de edad en las referidas conductas.

¹¹ Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

Cuando por la naturaleza de la infracción sea posible, toda sanción que se impusiere llevará consigo el comiso de las sustancias y útiles que hayan producido o sean susceptibles de producir dopaje en el deporte.

Las sustancias y útiles que hayan sido decomisados por resolución sancionadora serán adjudicados a la Agencia Estatal Antidopaje, hasta que, reglamentariamente, se determine el destino final de los mismos, todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 de la presente Ley para el decomiso como medida cautelar (art. 21.3).

i) Efectos de las sanciones y pérdida de la capacidad para obtener licencia deportiva

La imposición de sanciones relacionadas con el dopaje en el deporte constituye un supuesto de imposibilidad para obtener o ejercer los derechos derivados de la licencia deportiva en cualquier ámbito territorial, en los términos previstos en el artículo 32.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

Cuando la sanción haya sido impuesta por un órgano diferente de los previstos en la Ley, los deportistas podrán instar del Comité Español de Disciplina Deportiva la declaración de compatibilidad de la sanción impuesta con el ordenamiento jurídico español, en lo que se refiere a los principios que informan la potestad sancionadora pública.

Los deportistas que hayan sido sancionados en materia de dopaje deberán someterse a un control previo para la obtención de una nueva licencia o la reanudación de la actividad deportiva, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5.2 y 14.1.c) de la Ley.

j) La prohibición del *bis in idem*

Destacar que la Ley no hace referencia al *non bis in idem* administrativo, es decir, la posible dualidad de sanciones administrativas por unos mismos hechos, y se limita a indicar que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penalmente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El órgano disciplinario suspenderá la tramitación del procedimiento sancionador cuando se adviertan indicios de delito. En tal caso, deberá dar conocimiento de los hechos al Ministerio Fiscal.

Asimismo, el órgano disciplinario suspenderá la tramitación del procedimiento sancionador cuando, concurriendo la triple identidad antes referida, tenga noticia de que los mismos hechos están siendo perseguidos en vía penal, sin perjuicio de su posterior reanudación si procediese.

k) Causas de extinción de la responsabilidad

Las causas de extinción total o parcial, según proceda, de la responsabilidad disciplinaria son las siguientes:

- a) Cumplimiento de la sanción.
- b) Prescripción de la infracción.
- c) Colaboración en la detección, localización y puesta a disposición de los organismos competentes de las personas o los grupos organizados que suministren, faciliten o proporcionen el uso de sustancias o la utilización de métodos prohibidos en el deporte por ser causantes de dopaje. En este caso la extinción será parcial.

l) Prescripción de las infracciones y las sanciones

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años y las graves a los dos años. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años y las impuestas por faltas graves a los dos años.

El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. No obstante lo anterior, se mantendrá la interrupción de la prescripción en caso de suspensión del procedimiento sancionador por alguna de las causas del artículo 23 de la Ley, reanudándose su cómputo cuando haya transcurrido un mes desde que legalmente pueda retomarse el procedimiento.

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor. Asimismo, interrumpirá el plazo de prescripción la iniciación de procedimiento conducente a la extinción de la sanción por colaboración, reanudándose cuando, terminado éste sin concesión, haya transcurrido un mes desde su resolución.

m) Colaboración del implicado en dopaje

El deportista podrá quedar exonerado parcialmente de responsabilidad administrativa y, en su caso, no será sometido a procedimiento sancionador si denuncia ante las autoridades competentes a los autores o cooperadores, personas físicas o jurídicas, o coopera y colabora con la Administración competente, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el procedimiento o proceso correspondiente contra aquéllos.

Para que proceda la anterior exoneración, la denuncia y, en su caso, las pruebas que se acompañen, deberán tener entidad suficiente para permitir la incoación de procedimiento sancionador o, en su caso, la iniciación del correspondiente proceso judicial.

La extinción total o parcial de la responsabilidad [art. 24. c) de la Ley], será proporcionada a los términos de la denuncia y la colaboración, su eficacia y solvencia jurídica para la lucha contra el dopaje, según los artículos 19 y 26 de la Ley.

La competencia para apreciar la exoneración y la extinción total o parcial de las sanciones impuestas corresponderá, respectivamente, al órgano disciplinario o al que adoptó la sanción en origen. No podrá concederse antes de la incoación del procedimiento sancionador o, en su caso, la iniciación del correspondiente proceso judicial, que se deriven de su denuncia y, en todo caso, requerirá informe de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, salvo que éste fuera el órgano competente.

Atendidas las circunstancias concurrentes en el caso, especialmente la ausencia de antecedentes del deportista, el órgano disciplinario podrá, en los supuestos de exoneración y extinción parcial, suspender la ejecución de la sanción siempre que la misma constituya la primera sanción en materia de dopaje. La suspensión acordada quedará automáticamente revocada si el deportista fuese sometido a un procedimiento disciplinario posterior por infracción de esta Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: "Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte". Antonio Millán Garrido (coordinador). Bosch. Barcelona, 2007.
- BOMBILLAR SAENZ, Francisco Miguel: "Algunas consideraciones acerca del régimen jurídico del dopaje en el deporte en la Comunidad Autónoma Andaluza a la luz de la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte", en Anuario Andaluz de Derecho Deportivo N° 6. Signatura Ediciones. Sevilla, 2007.
- CUCHI DENIA, Javier M.: "La distribución de competencias deportivas en España". Bosch. Barcelona, 2005.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio: "Legislación sobre dopaje". Signatura Ediciones - Consejería de Turismo, Comercio y Deporte. Sevilla, 2004.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José - GARCÍA SILVERO, Emilio Andrés: "Manual de Gestión de Federaciones Deportivas" (AA.VV.). Alberto Palomar Olmeda (director). Aranzadi. Navarra, 2006.

sección de derecho procesal

La nueva Oficina Judicial. Funcionamiento e implicaciones procesales

Manuel Caballero-Bonald Campuzano
Magistrado de la Sección 8ª de la AP de Málaga

I. ANTECEDENTES

La oficina judicial es la unidad mínima de "producción" judicial que aporta la infraestructura técnica y humana necesaria para la tramitación, resolución y ejecución de los procesos judiciales. Según la definición contenida en el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su apartado primero, la Oficina judicial es la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales¹. Comprende pues, todos los medios personales y materiales que rodean y ayudan al Juez en el desempeño de la función jurisdiccional que le es propia.

Para comprender en su justa medida el alcance y la enjundia de la implantación de la nueva oficina judicial (en adelante NOJ) y de las reformas procesales que, al albur de dicha nueva organización, se pretenden aprobar de forma inminente, es oportuno realizar una breve referencia a la oficina judicial tradicional.

La vieja oficina judicial ha sido, —con toda razón—, duramente criticada y vituperada². Se ha hablado de diseño absolutamente anticuado, de oficina del siglo XIX organizada como compartimientos estancos o reinos de taifas, sin ningún tipo de técnica de gestión sobre recursos humanos.

Lo cierto es que la gestión de tales recursos humanos y la implantación de técnicas de organización del trabajo han sido introducidas, tradicionalmente, por jueces y secretarios utilizando criterios intuitivos y lógicos en tal gestión y distribución lo que ha dado lugar a que, en numerosas ocasiones, la organización de cada oficina judicial, de la secretaría de cada Juzgado o Tribunal, fuera peculiar y distinta a la del resto de oficinas judiciales,

Es, sin duda, un modelo que deriva en la gestión atomizada de los recursos humanos disponibles, carente de cualquier técnica de organización del trabajo medianamente homogénea y que convierte a cada secretaría judicial en una isla con relación a los órganos judiciales que la rodean³.

La cuestión, haciendo un poco de historia, es que esta Secretaría u oficina judicial fue introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, con una configuración acorde con las necesidades, medios y estructura de la Administración de Justicia del siglo XIX. Dicha disposición organizativa ha funcionado de manera razonablemente satisfactoria durante décadas, pero es radicalmente inservible en la actualidad con la implantación de las nuevas tecnologías, nuevas técnicas de gestión de recursos humanos y de organización del trabajo y

un apabullante incremento de la litigiosidad con el consiguiente aumento del volumen y complejidad de los asuntos y procedimientos de los que conocen los juzgados y tribunales.

Tales disfunciones y desfase entre la organización de las secretarías de los órganos judiciales y la realidad del trabajo cotidiano desarrollado por la Administración de Justicia eran aún más significativas en las grandes capitales de provincia, lo que llevó a los Decanatos encabezados por Jueces Decanos liberados de funciones jurisdiccionales, (más aún tras la exención de tales funciones para los Jueces Decanos de Málaga, Valencia, Sevilla, Zaragoza y Bilbao, que se sumaron a los Decanos de Madrid y Barcelona), a la creación de Servicios comunes que prestaban auxilio y apoyo a los juzgados de tales capitales, en cuestiones y materias sobre las que era posible concentrar y centralizar su realización en una oficina externa a tales juzgados, y dependiente directamente del Decanato. Se crean así servicios comunes como los de registro y reparto de asuntos, de actos de comunicación, averiguación patrimonial, ejecutorias, quejas... que constituyen un anticipo claro de la NOJ, representando una actuación pionera que, sin duda, además de constituir el embrión de la NOJ, sirvió para mejorar la respuesta prestada al ciudadano por este servicio público esencial.

Tras la implantación de tales servicios comunes, potenciados desde los juzgados Decanos de las grandes capitales, aparece el Libro Blanco de la Justicia, probado por el Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997, donde se realizaba una amplia referencia a la insatisfactoria organización de la secretaría judicial, dedicando íntegramente el capítulo tercero a reflexionar sobre la Oficina judicial, proponiendo la necesidad de una profunda reforma organizativa y funcional en el seno de los juzgados y tribunales, (desde la potenciación de las herramientas informáticas hasta la creación y refuerzo de los servicios comunes, pasando por la atribución a los secretarios judiciales de competencias en materia de gestión administrativa y de dirección del proceso), y donde ya se hablaba de la necesidad de redefinir el concepto y contenido de la fe pública⁴, estableciendo las líneas maestras que han cristalizado en el proyecto de Ley de implantación de la NOJ, al que haremos amplia referencia a continuación. Por su parte, la ley 1/2000 de 7 de enero por la que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Civil ya anticipaba, parcialmente, esa necesidad de potenciar la labor de los secretarios judiciales, (pieza angular de este proyecto de reforma de la Oficina Judicial, como después veremos, presentados reiteradamente como profesionales técnicos del derecho altamente cualificados, cuya indiscutible preparación y conocimientos se encuentran infratutilizados), con la asignación a los mismos de nuevas competencias en ejecución de sentencias (artículo 545.4 LEC) o la supresión de las denominadas propuestas de resolución.

Pero al antecedente más directo de la NOJ que se acerca es, sin duda, el Pacto de Estado Para la Justicia, firmado el 28 de mayo de 2001 por el gobierno y los partidos políticos PSOE y PP, en el que, en su apartado tercero, se hablaba de la necesidad de reformar

⁴ "La adaptación a los tiempos modernos, por lo que se refiere a funciones específicas de los secretarios, pasa por la redefinición del concepto y contenidos de la fe pública. Debe atenderse a los tiempos presentes y a las nuevas realidades, sobre todo por la aplicación al proceso de las nuevas tecnologías y las nuevas formas de documentación y por la constatación práctica de las actuaciones que requieren la inexcusable fe pública. Esta nueva forma deberá partir de la concepción de un sistema en el que se establezcan unas reglas de actuación, de tal manera que todo lo producido en cumplimiento de estas reglas quede amparado por la fe pública, bastando con que el secretario u otro funcionario habilitado destaquen que se ha respetado esa regla o protocolo". Libro Blanco de la Justicia. CGPJ, 8 de septiembre de 1997.

¹ La expresión oficina judicial "alude a la unidad administrativa que da servicio a Juzgados y Tribunales" (Libro blanco de la justicia. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, página 112

² JAVIER PARRA GARCÍA califica el actual modelo de oficina judicial como trasnochado y "difícilmente superable en ineficiencia e irracionalidad" Periódico "El Mundo". Opinión "El año cero de la oficina judicial". 16 de marzo de 2009 o, incluso, a que dicha organización cambiara con el traslado del Juez y/o Secretario Judicial, que habían establecido el modelo de distribución de trabajo y organización que consideraban más efectivo según el sentido común y la experiencia propia o ajena (atribución de procedimientos complejos o causas con preso a determinado funcionario, asignación por número o clase del expediente, asunción por el funcionario de auxilio judicial, dependiendo de su buena voluntad, la tramitación de los exhortos...).

³ "Resulta casi un eufemismo hablar, hoy por hoy, de una secretaría judicial, ya que no existe propiamente un modelo; cada juzgado o tribunal es totalmente autónomo en su organización, disponiendo cada uno de su propio y exclusivo cuadro de funcionarios y configurándose de forma distinta según criterios del juez y/o Secretario que la dirigen" HOYOS SANCHO, MONSERRAT. "Nuevo diseño de la Secretaría judicial y agilización de la justicia". Revista del poder judicial nº50. Segundo trimestre 1988.

en profundidad la Oficina Judicial, modernizándola de manera que ofrezca una atención de calidad a los ciudadanos. Igualmente se añadía que en la NOJ, se diferenciarán los servicios de apoyo directo y atención especializada a cada órgano judicial de los servicios comunes o compartidos por distintos Jueces y Tribunales de un mismo territorio, delimitando claramente las funciones de cada uno de sus integrantes para asegurar el correcto cumplimiento de las mismas, potenciando la figura del Secretario Judicial como responsable de los servicios comunes, con conocimientos técnicos cualificados en capacidad de gestión.

No fue hasta el año 2003 cuando tales pilares básicos de la NOJ, esbozados en el Pacto de Estado, tomaron cuerpo legal: la Ley Orgánica 19/2003 que reformaba la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la pretensión de implantar una organización judicial adaptada a las necesidades de una justicia del siglo XXI, moderna y eficaz, que liberara al juez de toda actividad de gestión y organización de tales secretarías, permitiéndole centrarse en la tarea jurisdiccional que le es propia y asignada constitucionalmente: Juzgar y hacer ejecutar lo Juzgado⁵. A raíz de la referida Ley Orgánica, se desplegó una muy importante actividad política tendente a dar los pasos legales y organizativos necesarios para la implantación de la NOJ.

En el "territorio ministerio" tal actividad desembocó en la "propuesta sobre despliegue de la oficina judicial" redactada por el Ministerio de Justicia con fecha 20 de septiembre de 2005. En tal propuesta se contenía un ambicioso calendario de implantación que contemplaba una experiencia piloto en 11 partidos judiciales pertenecientes al ámbito competencial de Ministerio, a desarrollar a lo largo de 2006 (Zaragoza, Avilés, Palma de Mallorca, Santander, Ciudad Real, Burgos, Cáceres, Murcia, Logroño, Ceuta y Melilla). Una segunda fase para su posterior implantación a lo largo de 2007 en otros 222 órganos judiciales, y una última fase de implantación en todo el territorio ministerio, que culminaba en el primer trimestre de 2008. Ni siquiera la primera fase llegó a ver la luz, a pesar de que en la mayoría de las ciudades que integraban la mencionada experiencia piloto se realizaron las obras necesarias de adaptación de los edificios judiciales a la NOJ, no sin pocos inconvenientes y problemas y a pesar de que se dieron algunos pasos legales tendentes a dicha implantación⁶.

La primera fase de implantación fue presentada en enero de 2006, —con gran parafernalia mediática—, por representantes del Ministerio de justicia en cada una de las ciudades que

iban a integrar la experiencia piloto antes definida, con una sensación muy similar a algunos altos diplomáticos destinados a países en conflicto: anuncio de su llegada a bombo y platillo, presentación de credenciales pública y notoriamente, para no terminar nunca de llegar a la "zona caliente".

En todo caso el optimismo que transmitían tales presentaciones era contagioso: se decía que con la puesta en marcha de la NOJ todos los actores de la Administración de Justicia saldrían beneficiados: el juez porque podrá dedicarse a su función esencial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; el secretario judicial que se convertía en piedra angular de la reforma y que desarrollaría todo su potencial de formación; el resto de cuerpos, porque se abrían nuevas expectativas de trabajo para ellos; en fin, los abogados y procuradores que saldrían beneficiados de una organización adaptada a los nuevos tiempos, en la que podrían comunicarse telemáticamente con los juzgados y, los ciudadanos, que, en última instancia, comprobarían como, gracias a todo este conjunto de medidas, el juez dicta un mayor número de sentencias y se reducen los tiempos para obtener una respuesta judicial.

A pesar del optimismo y de la propaganda oficial, el proyecto, como digo, que aprobó el último gobierno del Partido Popular y que el primer Ejecutivo de José Luis Rodríguez Zapatero dejó aparcado, fue abandonado por insuficiencia y recorte en las partidas presupuestarias destinadas a su implantación e, igualmente, por su vinculación a reformas trascendentales que poco tenían que ver con la Nueva oficina judicial y mucho con el propio concepto del Poder Judicial del partido gobernante, especialmente, el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la implantación de la justicia de proximidad y los consejos autonómicos de justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de diciembre de 2005, con el informe desfavorable del Consejo General del Poder Judicial y la opinión contraria del PP, lo que llevó al gobierno a abandonar dicho proyecto, al menos por ahora, con tal de conseguir el apoyo para la reforma de la LOPJ y de las principales leyes procesales para la implantación de la nueva oficina judicial.

Mientras tanto, en Andalucía, la Consejería de Justicia y Administración Pública constituyó, mediante orden de 15 de julio de 2004, Comisiones Técnicas para el diseño e implantación de la NOJ y la Comisión Técnica para la coordinación de las mismas, con organización de un ciclo de jornadas sobre el nuevo modelo, materia en la que fui ponente allá por el año de 2005, y en la que se tomó como ejemplo para los servicios comunes plurijurisdiccionales, los servicios que ya existían en el Decanato de Málaga: registro y reparto, actos de notificación y comunicación (SCAC), auxilio judicial, investigación patrimonial y subasta, atención al ciudadano o el de archivo judicial y depósito de piezas de convicción, entre otros. El trabajo de tales comisiones y el ciclo de jornadas organizadas con la colaboración de diversas universidades andaluzas sirvieron para alcanzar unas interesantes conclusiones que fueron recopiladas por la Consejería de Justicia, y cuya utilidad quedó relegada a la mera reflexión doctrinal, al abandonarse el proyecto por el gobierno central, pero cuya actualidad y vigencia ha de estimarse plena.

Conclusiones entre las que se enumeraban la necesidad de implicación de todos los profesionales de la Administración de Justicia en el diseño e implantación de la nueva oficina judicial⁷.

⁷ "...Como última conclusión durante las jornadas se ha reafirmado el compromiso de todos los operadores jurídicos, de todos los profesionales de la Administración de Justicia con el nuevo modelo de oficina ju-

⁵ Según el Proyecto de Reglamento Sobre Criterios Generales de Homogeneidad De las Actuaciones De las Distintas Clases de Servicios Comunes Procesales, elaborado por el CGPJ en 2006 "La Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, del Poder Judicial, de modificación de la LOPJ 6/1985 de 1 de julio, abandona definitivamente la "Secretaría del Juzgado" como unidad de organización autónoma y autosuficiente en la cual cada órgano judicial actúa como célula aislada y estanca, propia de una sociedad poco evolucionada, para impulsar y crear una estructura organizativa moderna ágil y eficaz, basada en la optimización de los recursos personales y materiales que permitan dar un mejor y más rápido servicio al ciudadano que demande la tutela judicial, atribuyendo al juez la única tarea que le es propia en el ejercicio de la jurisdicción: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado".

⁶ La Orden del Ministerio de Justicia de 18 de octubre de 2005(BOE de 20 de octubre) vino a determinar la dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales, estableciendo el número de puestos de trabajo de cada cuerpo que debían integrar tales unidades, dependiendo del orden jurisdiccional. Igualmente la orden de 19 de enero de 2007 (BOE 24 de enero de 2007) creaba la comisión de implantación de la NOJ y los Grupos técnicos de implantación en los que, por cierto, se integraban diversos miembros de la Administración del Estado y autonómica, representantes de los Secretarios judiciales, pero ningún Juez o representante de otros profesionales relacionados con la Administración de Justicia.

II. LA NUEVA OFICINA JUDICIAL. SU ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA A LA VISTA DE LA LEY ORGÁNICA 19/2003 DE 23 DE DICIEMBRE DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La LO 19/2003 de 23 de diciembre modifica la LOPJ y sienta las bases para abandonar definitivamente el concepto tradicional de secretaría de juzgados y tribunales, que se remonta a la LOPJ de 1870 y que, —como hemos visto—, funciona como célula o isla estanca y desconectada totalmente del resto de oficinas judiciales, para crear una estructura de organización de la oficina judicial moderna y eficaz, basada en la optimización de los recursos humanos y materiales con la finalidad de que el Juez se concentre en su tarea esencial: Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, permitiendo un mejor servicio al ciudadano que acude a los órganos judiciales en demanda de una tutela judicial efectiva, ágil y real. El núcleo de esa nueva estructura organizativa, el elemento básico esencial, es la “unidad”, distinguiendo entre Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD) y Servicios Comunes Procesales (SCP). Junto a tales unidades se configuran las unidades administrativas que, no integradas propiamente en la oficina judicial, se encargarán de la ordenación y gestión de los recursos materiales, informáticos y nuevas tecnologías, para facilitar la gestión en labores gubernativas o administrativas⁸.

Las Unidades Procesales de Apoyo Directo son, según el artículo 437 de la LOPJ, aquellas unidades de la Oficina judicial que directamente asisten a jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten. Es en definitiva la unidad de la oficina judicial que asiste de modo directo al Juez y sirve de soporte a su actividad jurisdiccional y que, en la práctica, integrará lo que tradicionalmente se ha considerado como secretaría del juzgado o como órgano judicial, naturalmente infradimensionada, una vez desgajadas las funciones que asumirán los diversos servicios comunes procesales y con importantes cambios en su gestión y dirección. (Tan reducidas en algunos casos que, si atendemos al contenido de la Orden del Ministerio de Justicia de 18 de octubre de 2005 por la que se establece la dotación básica de las UPAD, por ejemplo, los Juzgados de lo Penal en una población como Málaga, pasarán de estar integrados por un Juez, un secretario judicial y 8 funcionarios a estar constituidas por un Secretario, que tendrá que compartir con otra UPAD, y dos funcionarios).

dicial. Es responsabilidad de todos, poderes públicos, Jueces, Secretarios, Fiscales, Funcionarios, Abogados y Procuradores, contribuir a la mejora de la administración de justicia, entendida como el servicio público por excelencia, aquel que garantiza el desarrollo democrático y constitucional de una sociedad...”
Ciclo de jornadas sobre el nuevo modelo de oficina judicial: Conclusiones. Sevilla julio de 2005.

⁸ Artículo 436 de la LOPJ: “1. El elemento organizativo básico de la estructura de la Oficina judicial será la unidad, que comprenderá los puestos de trabajo de la misma, vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos.

2. En atención a sus funciones se distinguirán dos tipos de unidades: unidades procesales de apoyo directo y servicios comunes procesales. La actividad principal de estas unidades viene determinada por la aplicación de normas procesales”.

Por su parte el artículo 439 establece “A los efectos de esta Ley, se entiende por unidad administrativa aquella que, sin estar integrada en la Oficina judicial, se constituye en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la Oficina judicial sobre los que se tienen competencias, así como sobre los medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales.

En definitiva tales “Unidades” se encargarán de auxiliar al Juez en aquellos actos que necesitan la preceptiva intervención del mismo, sin ánimo de ser exhaustivo: inadmisión de demanda y pronunciamiento sobre admisión de denuncias y querellas, diligencias a practicar en fase de Instrucción penal, práctica de las mismas, resolución sobre medidas cautelares, dictado de las diversas resoluciones que correspondan al juez, remisión de procedimientos desde la UPAD hasta los diversos servicios comunes...

En cualquier caso, y en el ámbito penal, la evidente tendencia política y legislativa a atribuir la Instrucción penal al Ministerio Fiscal que, sin duda y en futuro muy próximo, supondrá la definición y modificación de los distintos papeles en la Instrucción a través de una reforma de la actual LECrim o la promulgación de la LECrim de nuevo cuño, no sólo afectará a las actuales funciones de Jueces y Fiscales, sino que afectará a la propia NOJ, ya que, si la Instrucción es asumida por el Fiscal, la dimensión de las Unidades Procesales de Apoyo Directo previstas para los Juzgados de Instrucción, deberá ser redefinida y adaptada a los Juzgados de garantías e, igualmente, habrá que redefinir la oficina judicial de las Fiscalías y su conexión con los diversos servicios comunes, en su caso.

Se prevé que puedan existir tantas UPAD como Juzgados o Salas de Tribunales y deberán contar con un Secretario Judicial, en ocasiones compartido con otra u otras UPAD, y con los puestos de trabajo necesarios para la atención del órgano, de acuerdo con el órgano jurisdiccional a que pertenezca y que se determinarán en las respectivas relaciones de trabajo (RPT).

La dirección y organización de tales unidades corresponde a los Secretarios judiciales, aún cuando la LOPJ no lo afirma expresamente, en contra de lo que ocurre para los servicios comunes procesales. Obsérvese que el artículo 438.5 de la LOPJ establece expresamente que “al frente” de estos servicios comunes habrá un Secretario Judicial pero, en cambio, y con relación a las UPAD, la LOPJ utiliza la expresión “contarán”(artículo 437.3). No obstante, a la vista de la filosofía que inspira la reforma y teniendo en cuenta el contenido de los artículos 454.2 y 457 de la LOPJ, que atribuyen a los secretarios judiciales labores de dirección, organización, gestión e inspección del personal en aspectos técnico-procesales, difícilmente puede mantenerse que tales funciones de dirección vayan a corresponder al juez respecto a cuya función jurisdiccional sirve la referida UPAD⁹. Ahora bien, esa dirección técnico-procesal no impide que el Juez o tribunal, al amparo de lo establecido en el artículo 436.6 de la LOPJ, (Los jueces y magistrados, en las causas cuyo conocimiento tengan atribuido, podrán requerir en todo momento al funcionario responsable cuanta información consideren necesaria), recabar toda documentación o información que considere oportuna y, en definitiva, comprobar la corrección y justeza de la dirección técnico-procesal llevada a cabo por el correspondiente

⁹ “Ya no habrá jefatura al estilo clásico ni para el Secretario Judicial ni para el Juez o Magistrado, el primero tiene la dirección del personal que debe ejercer para asistir a Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones. Se pretende que el Juez o Magistrado no intervenga en esa esfera de decisión que es la dirección de la oficina, sino que centre su labor en el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 117, decidir contiendas entre partes, en definitiva impartir justicia en la más estricta acepción del término”. ANTONIO DORADO PICÓN. “El Secretario Judicial en la nueva oficina judicial del siglo XXI”. Centro de estudios jurídicos. Ministerio de Justicia. Abril 2004.

secretario judicial, así como "tomar las iniciativas que entienda oportunas en orden a exigir la responsabilidad que proceda por mala gestión del servicio"¹⁰.

Por su parte el artículo 438 de la LOPJ contempla los denominados servicios comunes procesales, que no están integrados dentro del órgano judicial y que asumen labores comunes centralizadas de gestión y aplicaciones procesales. En cada uno de tales servicios pueden crearse secciones y equipos con cometidos homogéneos, a fin de perfeccionar y especializar tales equipos en tareas concretas.

La LOPJ establece una serie de servicios comunes en su artículo 438.3 (en total cinco), lo que no quiere decir que no puedan crearse más servicios comunes, como así ocurrirá en la práctica, atendiendo al carácter flexible que con relación a la NOJ propugna la propia LOPJ (art. 436.3).

Estos servicios comunes básicos mencionados expresamente en la LOPJ son:

- El servicio común procesal de Registro y reparto, que existe ya a pleno funcionamiento en los Juzgados Decanos, y cuya misión es realizar de forma centralizada funciones de recepción y registro de demandas, denuncias, querellas, atestados y escritos y su posterior reparto ente los juzgados y tribunales del partido judicial, con arreglo a las normas establecidas, en su caso, por las juntas de Jueces y Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Tales escritos iniciales mantienen una referencia común, (NIG número de identificación General), asignado en el momento del registro y que el asunto conserva a lo largo de su iter procesal.

En este servicio común, tal y como ocurre en el Decano de Málaga, lo lógico es establecer una sección para el registro de escritos y otra para el registro y reparto de demandas y demás escritos con pretensiones de carácter principal. Es conveniente establecer equipos para cada una de las jurisdicciones.

- El servicio común procesal de actos de comunicación que se encargará, —y se encargará—, básicamente, de realizar emplazamientos, citaciones embargos y lanzamientos.
- El Servicio Común procesal de Auxilio Judicial, cuya función será la práctica de todos los actos de auxilio judicial solicitados por órganos judiciales españoles, así como solicitudes de auxilio judicial internacional conforme a los tratados y normas internacionales o legislación interna aplicable. Salvo aquéllos que por disposición legal o exigencia expresa en la comunicación de auxilio internacional, deban realizarse a presencia judicial.
- El servicio común procesal de ejecución de resoluciones judiciales se encargará, —se encarga actualmente, en el ámbito de la ejecución de sentencias de los juzgados de lo penal—, de la práctica de todas las actuaciones necesarias para la efectividad de las resoluciones que le fueren remitidas por los órganos judiciales. Lógicamente deberá estructurarse en tantas secciones como órdenes jurisdiccionales existan en el correspondiente partido judicial o ámbito de prestación del servicio.

Como experiencia práctica no precisamente positiva, en la actualidad y desde hace bastante años, se encuentran en funcionamiento los llamados Juzgados de Ejecutorias, autén-

ticos servicios comunes creados para la ejecución de sentencias de los diversos Juzgados de lo Penal del partido judicial correspondiente, y cuyo funcionamiento equivale a un servicio común de ejecución de sentencias penales¹¹.

- Por último, el servicio común procesal de Jurisdicción voluntaria, igualmente mencionado expresamente en el artículo 438.3 de la LOPJ, deberá llevar a cabo la tramitación y resolución de los actos de jurisdicción voluntaria que sean encomendados por ley a los secretarios Judiciales, entiendo que incluidos los actos de conciliación.

Junto tales servicios comunes, expresamente previstos en la LOPJ, podrían establecerse otros muchos servicios, algunos de ellos no propiamente servicios comunes sino unidades administrativas de apoyo a tales servicios comunes y a los distintos órganos judiciales:

- Servicio o unidad de estadística judicial.
- De depósito y archivo.
- De atención e información al ciudadano, litigantes y profesionales.
- De caja judicial.
- De señalamientos y gestión de agenda programada y salas de vistas.
- De averiguación patrimonial.
- De asistencia al Presidente de la Audiencia y Juez Decano.
- De gestión de medios audiovisuales e informática...
- Especial referencia al Servicio común de ordenación del procedimiento.

Se ha dicho, y con razón, que la clave de la NOJ es, sin duda, el servicio común de ordenación del procedimiento (SCOP) pues, sin su implantación, la supuesta revolución organizativa que supondrá la NOJ se quedaría en simple extensión física de los servicios comunes que, en su práctica totalidad, ya funcionan en las grandes capitales, dependientes de los respectivos decanatos¹².

Así parece entenderlo la propia LOPJ al exigir para su implantación informe favorable del CGPJ(art. 438.3 segundo párrafo).

¹¹ Según los datos contenidos en el informe elaborado por el servicio de inspección del CGPJ en mayo de 2008 con relación a los Juzgados de lo Penal especializados en ejecutorias, el Juzgado Único de Illes Balears soportaba un volumen de trabajo de 8041 Ejecutorias pendientes, seguido de los cuatro Juzgados de Madrid (con una media de 6864 Ejecutorias), los cuatro de Cataluña (con una media de 5624 Ejecutorias) y los tres de la Comunidad Valenciana (con una media de 5309 Ejecutorias). Por último, los Juzgados del País Vasco (el núm. 7 de Bilbao y el núm. 4 de Donostia-San Sebastián), se sitúan con una media de 3100 Ejecutorias. En tal informe se afirma "el Equipo Rector de cada uno de los Órganos analizados, está constituido por un único Magistrado y un único Secretario Judicial, lo que según las previsiones de este Servicio de Inspección, atendiendo al Informe Propuesta sobre los Problemas y Necesidades que presentan los Juzgados de Ejecuciones Penales, puede considerarse como claramente insuficiente, dado el volumen medio de Ejecutorias atribuido a cada Funcionario (unas 150/200 Ejecutorias), y al propio número de funcionarios de cada Órgano, lo que conlleva una carga de trabajo para el Magistrado y el Secretario Judicial a todas luces inabarcable" y "La pendencia de los Juzgados Penales de Ejecutorias se encuentra lejana de lo que podría conceptuarse dentro de parámetros normalizado".

¹² El servicio común de ordenación del procedimiento... Será la pieza esencial de la organización de la nueva oficina judicial, pues tiende a conseguir los objetivos racionalizadores y modernizadores de los medios personales y materiales para una rápida y eficaz administración de justicia, según las previsiones de la LOPJ...". Rayón Ballesteros, M^a Concepción. La nueva oficina judicial para el siglo XXI. Anuario jurídico y Económico Escorialense XL 2007.

¹⁰ MEDINA GARCÍA "Las Unidades Procesales de Apoyo Directo. Funciones de los secretarios judiciales" en la nueva regulación de la oficina judicial, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Editorial Thomson, Navarra 2006.

No obstante dicho SCOP es el uno de los aspectos de la NOJ que más dudas plantean, pues, realmente, nadie ha sabido concretar con precisión cuales serán las tareas que deberá asumir el mismo, ni su composición, dimensión y organización. Parece ser que se trata de residenciar en estos servicios las funciones judiciales de carácter procedimental que queden fuera de lo estrictamente jurisdiccional, como subsanación de defectos procesales, verificar los requisitos para la admisión de los recursos, acordar el archivo del procedimiento en caso de desistimiento, señalamiento de audiencias previas y vistas... Parece ser, asimismo, que desarrollarán una importante función de coordinación, intermediación y conexión entre las UPAD y resto de servicios comunes y unidades administrativas.

En todo caso y como queda dicho, estamos ante la pieza clave de la reforma y el cambio más profundo en la concepción clásica de la oficina judicial.

No obstante, junto a objeciones evidentes a las que más adelante haremos referencia, (necesidad de garantizar la itineración telemática de los asuntos, a fin de evitar continuos trasiegos físicos de expedientes), el referido SCOP levanta no pocas suspicacias, dada su absoluta novedad y la falta de definición sobre su composición, dimensión y funciones¹³, hasta el punto de que, en la anterior tentativa de implantación de la NOJ, desarrollada especialmente a lo largo de 2005 y 2006 como ya hemos visto, algunas Comunidades Autónomas con competencia en materia de justicia —al menos Madrid y la Comunidad Valenciana— se mostraron reticentes a la hora de implantar el novedoso SCOP, al menos desde el primer momento y ello con la idea de proceder a su constitución en una segunda fase, una vez que las UPAD y el resto de servicios comunes estuvieran a pleno rendimiento. Obsérvese que tal servicio común no era mencionado en el proyecto de Reglamento de Homogeneización de los Servicios Comunes elaborado por el CGPJ en el año 2006, quizá con la idea de referirse a la implantación de los servicios comunes sobre los que se tenía experiencia en los Decanatos, posponiendo el de ordenación del procedimiento o tramitación para más adelante.

Por su parte el Ministerio de Justicia se ha pronunciado siempre a favor de impulsar su creación, estimando que, sin dicho servicio común, la NOJ quedará claramente desvanecida y adulterada y que, en todo caso, su creación contribuirá a la consecución de una oficina judicial más ágil, eficaz con un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y técnico-procesales.

¹³ "...manifestando nuestra oposición a la implantación inicial del Servicio común de Ordenación de Procedimiento (SCOP), al no considerarlo prioritario en la nueva oficina judicial, recordándole al Ministerio que esta misma posición es compartida por las Salas de Gobierno de los 17 Tribunales Superiores de Justicia".

"Es sin duda el servicio común que más dudas genera. Nos consta que varias CC.AA. están dispuestas a no implantarlo, desgraciadamente no es el caso de la nuestra.

El art. 438 punto 3 de la LOPJ condiciona su creación al informe favorable preceptivo del CGPJ. A día de hoy desconocemos sus intenciones, aunque nos consta que la mayoría de los jueces no aprueban su creación. CSIF también se opone a su creación ya que se nos antoja imposible que este servicio pueda funcionar correctamente. Por otra parte, las leyes procesales de cada jurisdicción deberán determinar con toda precisión sus competencias, de no ser así será un fracaso anunciado".

Circulares del sindicato CSI-CSIF 1de marzo de 2006 y 3 de mayo de 2007 sobre nuevo diseño de la oficina judicial.

III. IMPLICACIONES PROCESALES DE LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

Con la declarada intención de afrontar las reformas procesales necesarias para la implantación de la nueva oficina judicial, se encuentran en trámite parlamentario el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial (proyecto 121/000017 publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de julio de 2009) y el Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial. (proyecto 121/000028 publicado en el mismo Boletín).

Ambos proyectos, de máxima actualidad, fueron aprobados por el Senado el pasado 7 de octubre de 2009, siendo la intención del Ministerio de Justicia que vean la luz en torno a noviembre, para su entrada en vigor aproximadamente a mediados del año 2010, ya que se contempla una *vacatio legis* de seis meses. Habrá que dejar a un lado esta última ley "complementaria", que poco o nada tiene que ver con la NOJ y que es un reflejo más de la progresiva tendencia del legislador español a aprovechar que el Pisuerga pasa por Valladolid, para introducir reformas legales de amplio calado dentro de proyectos ajenos al contenido de tales modificaciones. No obstante no me resisto a señalar que en la referida Ley Orgánica, declarada expresamente "complementaria" de la Ley de reformas procesales para la implantación de la NOJ, se limita de manera radical la jurisdicción universal de los Tribunales penales españoles, reformando el artículo 23 de la LOPJ; se introducen los denominados "jueces de adscripción temporal", también conocidos como "jueces volantes"; se establece que las apelaciones contra sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, en juicios verbales cuyo procedimiento se fije por razón de la cuantía, sean resueltos por un Tribunal constituido por un solo Magistrado de la Audiencia Provincial, (al igual que ocurre en las apelaciones de Juicios de faltas); o se instaura la necesidad de constituir un depósito económico para recurrir, de manera que la presentación de cualquier recurso ordinario o extraordinario en las jurisdicciones civil, social o contencioso administrativa debe ir precedido de la constitución de un depósito dinerario, so pena de inadmisión de la impugnación formulada. Este depósito es presentado como instrumento disuasorio para aquellos que recurran sin fundamento jurídico y con la clara intención de prolongar indebidamente el procedimiento, dilatándolo en el tiempo con perjuicio evidente para el resto de partes y afectados. No obstante, y a la vista de la cuantía pírrica de tales depósitos, (25, 30 y 50 euros, según los casos), uno se pregunta cual ha sido la intención real y última del legislador, a la vista de que el importe de tales depósitos irá a parar a las arcas del Estado(40%), Comunidades autónomas(40%) y al órgano conjunto dedicado a la conexión informática de Juzgados y Tribunales(restante 20%)¹⁴.

El Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial Volviendo al proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal Para La Implantación de la Nueva Oficina Judicial, la presente ponencia no pretende realizar un estudio detallado de las numerosas modificaciones legales contenidas en el texto anali-

¹⁴ "...El verdadero fundamento de la reforma hay, pues, que encontrarlo efectivamente en la economía, pero no en la "economía procesal", sino en la financiera, pues el establecimiento de un depósito para recurrir va a servir para obtener en definitiva importantes ingresos para financiar una parte de los gastos propios de la Administración de Justicia." JULIO BENACLOCHE PALAO "El nuevo depósito para recurrir". Diario La Ley, Nº 7228, 29 de julio de 2009.

zado, sino, sencillamente y a la vista del objeto y limitaciones temporales y materiales de este trabajo, realizar una consideración general del proyecto, destacando sus líneas maestras, su finalidad y algunas consecuencias evidentes derivadas de tal reforma.

El proyecto en cuestión afecta a un total de 916 artículos, correspondientes a 16 leyes procesales entre las que destacan la Ley de Enjuiciamiento Criminal (196 artículos) la LEC del año 2000 (398 artículos) y la LEC de 1881, la Ley Hipotecaria, Ley de Procedimiento laboral o Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como botones de muestra y sin ánimo de ser exhaustivo, dejando a un lado por el momento la asignación de nuevas competencias a los Secretarios Judiciales, destacan:

- Para todas las jurisdicciones, se establece la necesidad de grabación de las vistas, tal y como se preveía ya por la Ley de Enjuiciamiento Civil para dicha jurisdicción, contemplándose, en materia de documentación de las vistas y juicios, la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad, constituyendo el acta a todos los efectos, el documento electrónico que contiene dicha grabación, sin que sea necesaria la presencia física del Secretario Judicial en los juicios y vistas. Se reforma el artículo 146.2 de la LEC estableciéndose el contenido mínimo exigible a las actas que se extiendan por el secretario judicial, cuando no dispusiere de firma electrónica reconocida, con obligación de utilizar medios informáticos y con prohibición estricta de actas manuscritas, salvo que la sala en la que se esté celebrando la vista carezca de medios informáticos. Modificación que supondrá, por fin, la práctica desaparición de las actas manuscritas, en ocasiones insuficientes y difíciles de entender, cuando no directamente ininteligibles, lo que da lugar, en no pocas ocasiones, a la devolución de los autos por la Sala de segunda Instancia, para la transcripción mecanografiada del acta.

En definitiva, la presencia del Secretario judicial en las vistas y juicios deviene innecesaria con carácter general, modificación esencial que integra una revisión radical de la fe pública desarrollada por los Secretarios Judiciales, sorprendiendo que dicha carga en la línea de flotación de la fe pública judicial, signo distintivo de tales profesionales respecto al resto de funcionarios que integran la Administración de Justicia, haya salido adelante sin apenas oposición o crítica sería por parte de tal colectivo, sin duda cegado por la reiteradísima afirmación de que los Secretarios Judiciales “son la piedra angular de la reforma de la oficina judicial”. Y ello salvo honrosas excepciones¹⁵.

- En el ámbito penal, se modifica el artículo 627 de la LECrim que, dentro del sumario ordinario, impone la necesidad de traslado a la defensa del auto de conclusión de sumario. Se reforman los artículos 516 y 517 de la LECrim, a fin de mejorar la resolución sobre la situación personal de las personas sobre las que pese una busca por requisitoria, con el objeto de evitar la situación actual en la que el juez de guardia se pronuncia prácticamente “a ciegas” sobre dicha situación personal del requisitoriano.

¹⁵ “...aprovechando la irrupción de las nuevas tecnologías, así como el objetivo de llegar al expediente electrónico, estamos presenciando con estupor el enésimo intento de eliminar la fe pública...lo que concurre aquí es una causa económica ya que si se pretende suprimir plazas y reubicar a los secretarios en los servicios comunes, ello pasa por reducir el número de fedatarios en los órganos unipersonales, cosa imposible si no se les saca de las Salas de vistas”.
LUIS FERNANDO ANDINO AXPE “El Secretario Judicial ante la reforma de las normas procesales para la implantación de la NOJ”. Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 767/2008.

Igualmente, se introduce la obligación para el juicio rápido y por el artículo 797.3 de que el Juez, una vez incoadas Diligencias Urgentes, disponga se de traslado de copia del atestado y de cuantas actuaciones se hayan realizado, al Abogado designado para la defensa. Algo que ocurre en la actualidad en la práctica en la mayoría de los Juzgados, sin que la Ley establezca la excepción de secreto de las actuaciones pues, las diligencias urgentes de juicio rápido son incompatibles con dicha declaración de secreto.

- En la jurisdicción civil, y respecto al proceso monitorio, se eleva su cuantía de 30.000 a 150.000 euros, continuando “la estela de prudencia iniciada por el legislador de la LEC 1/2000 de 7 de enero”, en el sentido de no suprimir el límite cuantitativo, habida cuenta de que, (como se reconoce en la propia exposición de motivos), la tendencia seguida a nivel europeo es la supresión de todo límite cuantitativo, como ocurre con el proceso monitorio europeo regulado por el reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre.
- En la esfera contencioso-administrativa, se modifica el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en el sentido de que, ante la existencia de una pluralidad de recursos en el mismo órgano judicial y con idéntico objeto, se deberá proceder a tramitar uno o varios con carácter preferente, —siempre que no se haya procedido a su acumulación—, y, una vez resuelto o resueltos y firme la sentencia, se llevará testimonio de dicha resolución a los recursos suspendidos, con notificación a los recurrentes afectados por la suspensión, a fin de que puedan interesar la extensión de sus efectos, la continuación del procedimiento o el desistimiento del recurso. En definitiva el recurso o recursos tramitados y resueltos con carácter previo y con idéntico objeto, constituirían una especie de “pleito testigo”, suspendiéndose el resto de recursos hasta que no se resuelva el mismo.
- En la jurisdicción laboral, se autoriza la firma del recurso de suplicación por parte de los graduados sociales, en concordancia con la capacidad de representación técnica que el artículo 545.3 de la LOPJ reconoce a tales profesionales, suprimiendo la necesidad de intervención de Abogado.

No obstante, la finalidad esencial de la reforma, tal y como se refleja en la Exposición de Motivos del proyecto, es la delimitación precisa de tareas entre Juez y Secretario Judicial, de manera que se permita al primero dedicarse a su función esencial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, atribuyendo las funciones de organización técnico-procesal al segundo, no sólo de impulso del proceso sino otras funciones “que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma”.

Las resoluciones de los Secretarios Judiciales pasarán a denominarse diligencias de ordenación, cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca; Decretos cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto; y diligencias de constancia, comunicación o ejecución a los efectos de reflejar en autos hechos o actos con trascendencia procesal.

El régimen de recursos contra las resoluciones de los secretarios judiciales se encuentra regulado en los artículos 451 a 454bis de la LEC, en su redacción proyectada, contemplando, con carácter general, un recurso de reposición ante el propio secretario que dictó la resolución impugnada y un recurso de revisión del que conocerá el Juez, contra los Decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación, y, también, contra los Decretos resolutorios de

la reposición en los casos “expresamente previstos en la Ley”. Contra los decretos frente a los que no es posible su impugnación por vía de revisión ante el Juez, sólo es posible reproducir la misma cuestión al recurrir ante la Audiencia Provincial.

Dentro de este refuerzo del papel de los Secretarios Judiciales, se atribuye a tales profesionales, entre otras, las siguientes tareas que tradicionalmente han estado asignadas a los jueces:

- Competencia para admitir a trámite la demanda, acto procesal que el proyecto considera una actuación reglada que sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales. No obstante, la decisión de inadmisión a trámite de la demanda se sigue reservando al juez, ya que afecta al derecho de acceso a la justicia y, por tanto, al derecho a la tutela judicial efectiva. Igualmente se excluye la admisión a trámite de la demanda ejecutiva, pues su simple admisión supone la adopción de determinadas medidas ejecutivas que afectan a derechos patrimoniales que integran la labor de “hacer ejecutar lo juzgado”, atribuida por la Constitución a los jueces, dentro de la función jurisdiccional que les es propia y exclusiva.
- La decisión sobre la procedencia de la acumulación de acciones.
- La decisión de terminación del proceso por inactividad de las partes o por haber llegado estas a un acuerdo, (desistimiento a solicitud del actor, terminación del proceso por satisfacción extraprocesal, declaración de caducidad de la instancia...).
- Los actos de conciliación (artículo 456.3.c).
- La ejecución, salvo en aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados (admisión a trámite de la demanda ejecutiva).
- El señalamiento de toda clase de vistas, siguiendo los criterios que el Presidente de la sala o sección o el titular del órgano judicial.

IV. ALGUNAS SOMBRAS Y OBJECIONES A LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

1.– Una de las afirmaciones más reiteradas entre los defensores de la planeada reforma de la oficina judicial es la de que, al descargar a los jueces y magistrados de todas aquellas labores no vinculadas estrictamente con la función jurisdiccional, permitirá a tales profesionales dedicarse con plenitud a la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con reducción de los tiempos de obtención de una respuesta judicial y mejora de la tutela concedida al ciudadano. (Así se refleja en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma de las leyes procesales para la implantación de la oficina judicial, en las Conclusiones de Ciclo de Jornadas sobre la NOJ organizadas por la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía y se hacía constar en las notas de prensa remitidas por el Ministerio de Justicia en la presentación de las distintas experiencias piloto fallidas, en el año 2006, en las que, literalmente, se hacía constar que “el juez iba a dictar un mayor número de sentencias”).

Nada más lejos de la realidad. El desapoderamiento que supone la NOJ respecto de Jueces y Magistrados bajo el pretexto de presentar tales funciones como meramente técnicas o de organización, —cosa incierta, como después veremos—, apenas supone un ligerísimo alivio en la abrumadora tarea que, en la mayoría de los casos, soportan Jueces y Magistrados, a la vista de la imparable tendencia al alza en el número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales, tarea además que, en la práctica y en la mayoría de los casos, ya desarrollan los

secretarios judiciales, por lo que la levisima exención de funciones que la reforma implica se verá además y sin duda, compensada, entre otros aspectos, con el trabajo que generarán los novedosos recursos de revisión contra los Decretos de los secretarios Judiciales, que deberán resolver Jueces y Magistrados y que, previsiblemente y más aún al inicio de la puesta en marcha de la reforma, serán numerosos.

2.– Por otro lado, y más aún con la implantación del servicio común de ordenación del procedimiento, es fundamental la implantación del expediente electrónico y la paulatina desaparición del soporte papel. Ya en el libro blanco de la Justicia (septiembre de 1997) se hablaba de que las mejoras de la Administración de justicia pasan por la implantación de un sistema informático integral y la utilización de dichos medios debe ser imperativamente exigida.

Pero es más, El formato electrónico debe implantarse antes de proceder a la puesta en funcionamiento de la NOJ, desde la presentación de escritos y documentos hasta la resolución y archivo de los pleitos, de manera que tales expedientes puedan itinerar por los diversas Unidades Procesales de Apoyo Directo y Servicios Comunes Procesales por vía telemática. En un cálculo aproximativo realizado sobre un Procedimiento Ordinario básico, (sin ningún tipo de incidentes), el número de traslados entre las UPAD y los distintos Servicios comunes se sitúa en torno a trece itineraciones, como mínimo¹⁶.

Si tales traslados deben realizarse con un expediente en soporte papel por parte de un funcionario judicial, es fácil de prever el continuo trasiego de expedientes y papeles que la implantación de la NOJ va a suponer, con el consiguiente retraso en la respuesta judicial a las demandas de tutela formuladas por los ciudadanos¹⁷.

3.– El desembarco de los Secretarios Judiciales en tareas “cuasijurisdiccionales” o “colaterales a la función jurisdiccional”. La oficina judicial no es sólo organización, administración y gestión pues, en contra de otro tipo de unidades u oficinas en distintos ámbitos administrativos, en la Oficina Judicial se entremezclan y fusionan tales elementos organizativos y de gestión de asuntos, con los procesales e, incluso, jurisdiccionales ahora atribuidos parcialmente a los secretarios Judiciales. Para salvar posibles objeciones, el legislador recurre a diferentes eufemismos, como actividad “cuasijurisdiccional” o actividad “colateral a la función jurisdiccional”, para justificar su atribución a tales profesionales.

No obstante algunos secretarios judiciales, sin ningún tipo ya de rodeo léxico ni de pudor constitucional, conscientes de la alta labor que se les encomienda y tras ver el cielo abierto de la función jurisdiccional, no dudan en mantener que el secretario judicial ejerce potestad jurisdiccional y que “es un error estimar que la función jurisdiccional es exclusiva titularidad de los jueces y magistrados”¹⁸.

¹⁶ Ver mi trabajo “Ventajas e inconvenientes de la Nueva Oficina Judicial”. Jornadas sobre la NOJ. Palma de Mallorca 8 y 9 de marzo de 2007.

¹⁷ En tal sentido iba dirigido el contenido de la Resolución de 22 de noviembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Justicia que contenía el Convenio de colaboración, entre otros aspectos, para la digitalización de documentación judicial y expedientes en formatos que permitan su incorporación al módulo de gestión de archivo del sistema Adriano, siguiendo varios criterios: el primero el mayor grado de uso y consulta de los expedientes.

¹⁸ ANDINO AXPE, L. F. “El secretario judicial: Poder judicial y potestad-función jurisdiccional”. Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales. Ministerio de Justicia VI-2001 o DIEGO MEDINA GARCÍA “Las Unidades Procesales de Apoyo Directo, funciones de los secretarios judiciales”.

En todo caso, no puede olvidarse que los secretarios judiciales están sujetos al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica (artículo 452.1 de la LOPJ) y sólo actúan con autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial (artículo 452.1 de la LOPJ). Fe pública judicial, por cierto, que quedará descafeinada tras la reforma de las leyes procesales, pues se elimina la obligación de presencia del secretario judicial en juicios y vistas. Dicha dependencia directa del Ministerio de Justicia y del poder ejecutivo a llevado a afirmar a JULIO BANACLOCHE PALAO que “nunca podrá considerarse jurisdiccional un procedimiento que se tramite ante órganos dependientes del poder ejecutivo”¹⁹.

Si la estructura firmemente jerarquizada impuesta por LO de 19/2003 de 23 de diciembre de reforma de la LOPJ, con la implantación de las figuras de los Secretarios Coordinadores Provinciales, los Secretarios de Gobierno y el Secretario General de la Administración de Justicia, que se integra en la estructura del Ministerio de Justicia como jefe que concreta la superior dirección y dependencia al Ministerio de Justicia (artículo 463.1 de la LOPJ), o la desnaturalización de la fe pública judicial, se ven compensadas por la atribución de funciones “cuasijurisdiccionales”, es algo que tendrán que evaluar y analizar los propios secretarios judiciales.

Parece que, como señala GARBARÍ LLOBEGRAT, J., la especial naturaleza antes apuntada de la OJ suele ser aprovechada por los distintos poderes ejecutivos para hacerse con el mayor número de competencias posibles, en detrimento de las que deberían corresponder a los órganos del poder Judicial²⁰.

La resistencia del poder ejecutivo a abandonar el apoderamiento de algunas de tales funciones es, en ocasiones, numantina. Como botón de muestra cabe mencionar la facultad de señalamiento de juicios y vistas que pretendía atribuirse, fuera de toda lógica material y procesal, al secretario judicial con carácter exclusivo, a pesar de que dicho colectivo no hizo especial hincapié en reclamar tal tarea. Dicha reclamación fue, incluso, objeto de reivindicación dentro de la amplia lista de reivindicaciones exigidas por la carrera judicial y que desembocaron en la huelga de jueces del pasado 18 de febrero de 2009.

El resultado, tras dicha movilización y tras diversas reuniones de las Asociaciones Judiciales y Jueces Decanos con representantes del Ministerio de Justicia, es el proyectado artículo 182 de la LEC (de aplicación supletoria al resto de jurisdicciones), especialmente farragoso y complejo, que sigue residenciando en los Secretarios judiciales el establecimiento de fecha y hora para las vistas o trámites equivalentes, aunque sujetándose a los criterios e instrucciones de los jueces y magistrados²¹.

¹⁹ “El proyecto de NOJ: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?”. Diario LA Ley, Nº 7251, 29 de septiembre de 2009.

²⁰ “Consideraciones sobre la proyectada reforma de las Oficina Judicial (con particular referencia a los espacios físicos)” Actualidad Jurídica Aranzadi, número 584, 2003.

²¹ Ver mi entrevista publicada en el periódico “La Opinión de Málaga” el 5 de abril de 2009 “No es que desconfiemos de los secretarios judiciales, sino que hay que tener en cuenta que ellos dependen del Ministerio de Justicia y hay un sistema jerárquico en ese cuerpo profesional. Queremos evitar que ese sistema jerárquico de los secretarios judiciales constituya una tentación para algunos responsables políticos que pretendan influir en el orden o en el criterio de los señalamientos. Yo pongo un ejemplo fundamental: en el juicio del 11-M son el presidente del tribunal y los magistrados que lo componen quienes tienen mejor criterio para determinar cuándo se va a celebrar la vista, en qué sesiones y la duración de las mismas... No sólo es que algún responsable político tenga la tentación de manejar esos señalamientos, sino que

Volviendo a la cuestión de atribuir a los secretarios judiciales tareas “paralelas a la función jurisdiccional”, cuasijurisdiccionales” o “actividades procesales no conflictivas o no contenciosas”, tal atribución ha levantado importantes críticas y recelos, hasta el punto de que más de 135 profesores universitarios de Derecho Procesal suscribieron un comunicado, el pasado día 8 de febrero de 2009, criticando duramente el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la NOJ. En dicho Comunicado se señala que el referido proyecto adolece de graves errores de los que se derivarían daños irreparables para nuestra justicia. De entre esos errores, destaca la sorprendente idea, inexplicada e injustificable, de separar y diferenciar lo jurisdiccional de lo procesal.

Igualmente se denuncia que el proyecto contradice lo establecido en la Constitución Española, pues administrar justicia implica dirigir los procesos; está de espaldas a las preocupaciones y reformas sobre la justicia que se plantean en el mundo y que, precisamente, tienden a exigir una mayor implicación del juez y un mayor seguimiento de cada caso; y, de aprobarse el proyecto, gran parte de la Administración de justicia estaría a cargo, no de jueces independientes, sino de secretarios judiciales dependientes y jerarquizados. Llegándose a afirmar en tal manifiesto que, del proyecto de ley, no surgirá ninguna NOJ moderna sino que se consagrará un caos funcional en nuestros Juzgados y Tribunales.

En fin, el comunicado señala que es singularmente rechazable que resoluciones dictadas en el proceso, pero con una eficacia jurídica que trasciende el proceso, no estén a cargo de los jueces y magistrados independientes²².

Esperemos que tan malos augurios, expresados por más de 135 profesores universitarios, no lleguen a cristalizarse del todo, pero mientras que los esfuerzos del poder ejecutivo y legislativo sigan centrados en redefinir las funciones de jueces y secretarios judiciales, atribuyendo a estos tareas claramente jurisdiccionales, potenciando cada vez más la dependencia jerárquica de los mismos y configurando una oficina judicial de espaldas a los jueces para cuya función jurisdiccional dicha oficina teóricamente trabaja y sirve, (arriñonando a los jueces al final del proceso y convirtiéndolos en “gallinas ponedoras de sentencias”)²³, el futuro no es, precisamente, esperanzador.

Se olvidan cuestiones esenciales, como la implantación definitiva del expediente electrónico y la desaparición del papel como condición indispensable para el éxito de la NOJ, —especialmente necesario para el correcto funcionamiento del Servicio Común de Ordenación del Procedimiento—, el acondicionamiento de los edificios judiciales, la definición clara de las atribuciones de los funcionarios y la dirección y control administrativo sobre su trabajo, por no hablar de otras cuestiones esenciales para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, como el incremento y racionalización de la planta judicial, por lo que la predicción sobre el porvenir inmediato de la Justicia en España no se presenta especialmente halagüeña.

también existe la opinión totalmente justificada de que somos los jueces los que conocemos el asunto en profundidad, la duración del mismo, los posibles testigos a citar, etcétera...”.

²² “Por la Unidad y la independencia en la Administración de la justicia y por las garantías procesales de los ciudadanos”.

²³ “Adiós, Justicia” ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS. Artículo de opinión. Periódico ABC. 22 de septiembre de 2009.

Cuestiones prácticas sobre el proceso monitorio

José A. Varela Agrelo
Magistrado de la Audiencia Provincial de Lugo

I. INTRODUCCIÓN

Es bastante unánime la opinión de que la Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000 está prestando un buen servicio, necesario aunque no suficiente, a la modernidad de nuestro sistema de Justicia Civil.

Entre sus muchas novedades, hoy ya una realidad cotidiana, se encuentra el procedimiento monitorio, de acreditada utilidad en el Derecho Comparado pero desconocido hasta entonces en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En el presente estudio se afrontará una visión sustancialmente práctica sobre cuestiones controvertidas que han ido apareciendo y podrán seguir haciéndolo en la aplicación de este procedimiento.

La visión del autor se ha visto enriquecida por el intercambio de visiones con otros juristas prácticos en el marco del Encuentro entre Magistrados de las Audiencias y de los Juzgados de 1.ª Instancia celebrado en Santiago de Compostela en el mes de mayo de 2009.

II. BREVE CONSIDERACIÓN TEÓRICA SOBRE LA MATERIA

El enfoque práctico del trabajo no puede prescindir de establecer como punto de partida teórico, de la conceptualización y fundamento del Monitorio, que no es sino la necesidad del agilizar procedimientos con ausencia de oposición del deudor, basados en el impago de una deuda.

En efecto, mediante el MONITORIO el acreedor mediante un proceso especial y privilegiado puede conseguir la creación rápida de un título ejecutivo que le permita la satisfacción del crédito impagado.

El procedimiento, como indica su raíz etiológica, se funda en la presentación de un documento de los que ordinariamente documentan créditos, que justifica el requerimiento al deudor para que pague o de razones para la oposición.

Nuestro legislador ha sido prudente en su introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico pues no opta por el monitorio puro (países del Norte y Centro Europa) basado en la declaración del acreedor y despachado por el Rechtspfleger (similar a nuestro Secretario Judicial), sino por el monitorio documental (Francia, Italia) en el que al acreedor no le basta con decir que se le debe, sino que tiene que aportar un principio de prueba documental que es controlado por el Juez como paso previo a emitir el requerimiento monitorio.

Desde la atalaya de estos ocho años de monitorio podemos decir que el mismo ha funcionado razonablemente, pero que existen diversas dudas prácticas que con toda modestia se pretenden analizar en este trabajo.

III. EL TIPO DE DEUDA

Señala la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 812) que ha de tratarse de una *deuda dineraria, vencida y exigible de cantidad determinada que no exceda de 30.000 euros*.

No ofrece duda la exclusión de la reclamación por esta vía de las prestaciones de hacer, o entregar cosa diferente del dinero, siendo además necesario que esa deuda dineraria no esté sujeta ni a condición ni a término, que es tanto como decir que sea exigible en el momento de la reclamación monitoria.

Pero además la deuda ha de ser **líquida**, es decir ha de estar fijada en una cantidad cierta no sujeta a la necesidad de ser establecida por una decisión voluntaria o judicial, sin que parezca que presente inconveniente aquella para cuya fijación únicamente se precisen operaciones aritméticas sencillas, pues lo único que está excluido es la incertidumbre en la fijación.

Las dudas afloran con mayor intensidad cuando hablamos de las **deudas vencidas** de una obligación que establece pagos periódicos, aunque existe bastante uniformidad en el criterio de que, si el propio contrato incorpora una cláusula de vencimiento anticipado, también estas deudas pueden ser reclamadas por esta vía¹. Por ejemplo, una póliza de préstamos en la que se pacta que el impago de alguna de las cuotas permite a acreedor efectuar la liquidación y vencimiento anticipado.

También puede ofrecer dudas la exigencia de **“cuantía no superior a 30.000 euros”**, manifestación que parte de la doctrina crítica en cuanto a que se haya mantenido sin eliminar el límite por no respetar la *Directiva 35/2000* transpuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la *Ley 3/2004*.

Parece que no ofrece duda que si la deuda es por una cantidad mayor, puede el acreedor acudir al monitorio si renuncia a la reclamación del exceso.

En el caso de que sean varios deudores por un mismo título habrá que entender por “deuda” la suma de lo reclamado.

De *lege ferenda* parece conveniente eliminar el límite cuando ya a nivel de la Unión Europea el *Reglamento 1896/2006* del Proceso Monitorio Europeo no establece ninguna limitación por razón de la cuantía.

Por último no puede dejar de señalarse la polémica sobre la posibilidad de acudir al procedimiento monitorio contra más de un deudor. Ante todo, parece evidente la posición negativa cuando la deuda nazca de un título diferente. Por el contrario, cuando la deuda nace de un mismo título, por ejemplo una Comunidad de Propietarios contra tres propietarios morosos de las correspondientes cuotas, parece que no debe existir impedimento, pues aunque es verdad que la postura que puede adoptar cada deudor es diferente: uno paga, el otro no comparece y el otro se opone, el procedimiento admite archivar el procedimiento respecto al primero, despachar ejecución respecto al segundo y convocar a juicio respecto al tercero².

IV. DOCUMENTOS

Toda la doctrina está de acuerdo en la configuración legal como “*númerus apertus*”, al efectuarse una enumeración ilustrativa y no tasada que admite múltiples variedades de documentos, tanto contractuales, como unilaterales; tanto firmados, como no firmados, siempre que sean de los que *“habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor”*.

Por tanto podrán ser tanto *facturas*, como *pagarés*, *albaranes*, etc.

¹ Es el criterio adoptado por unanimidad por La Junta para unificación de criterios de la Audiencia de Madrid de 4 de octubre de 2007.

² (Tol 411057).

Se plantea la duda en relación con las “*certificaciones bancarias*”, respecto de las cuales la doctrina de las Audiencias está dividida, aunque con una mayoría a favor de la admisión de tales documentos, aún cuando no vengan acompañados por otros complementarios y ello porque:

- a) La propia dicción legal en el *art. 812.1.2ª* incluye en el listado a este tipo de documentos.
- b) Porque el sistema parte de el principio de la buena apariencia jurídica que debe ser interpretada de forma flexible para no desnaturalizar la institución.
- c) Porque, en definitiva, basta la oposición del deudor para que el acreedor venga obligado a justificar debidamente la existencia de la deuda certificada.

Mayores problemas presenta la admisión de documentos cuyo soporte no sea papel sino digital o informático, cuestión no baladí si consideramos el incremento de relaciones jurídicas a través de Internet y por tanto el incremento de reclamaciones nacidas de este tipo de contratos que en varios aspectos ya han sido objeto de regulación³. Partiendo de la amplia concepción legal del término documento parece que no debe existir obstáculo a su admisión.

Puede resultar también controvertida la posibilidad de acudir al monitorio como alternativa a otro proceso especial como en el caso del *proceso cambiario* o *la jura de cuenta*. Dicho en otros términos, algún autor⁴ mantiene la improcedencia del monitorio cuando existe un procedimiento específico para el tipo de reclamación. Según esta tesis el tenedor de una letra de cambio o pagaré no podría acudir al monitorio, ni tampoco el letrado o procurador para reclamación de sus honorarios o derechos a su cliente, opinión que no compartimos, pues encajando los documentos dentro de la exigencia legal del procedimiento monitorio el mismo constituye una alternativa libre y lícita que no es incompatible con la existencia de otras causas específicas.

V. COMPETENCIA

Resulta peculiar y novedoso el régimen específico que nuestro legislador ha establecido para el proceso monitorio, el cual viene configurado por un doble parámetro:

- a) Existencia de un fuero legal electivo para el acreedor que consiste en la alternativa subsidiaria entre, en primer lugar, el domicilio del deudor, y si no fuese conocido el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos de requerimiento de pago por el tribunal⁵.
- b) Exclusión de las normas sobre sumisión expresa ó tácita contenidas en la parte general de la L.E.C.

Este régimen particular está planteando en la práctica actuaciones judiciales discrepantes entre los tribunales. Un frecuente error consiste en archivar el expediente por falta de competencia en cuanto el deudor no aparece en el domicilio señalado en la solicitud monitoria. Es evidente que la comunicación del requerimiento monitorio es un acto procesal de gran trascendencia que excluye la vía edictal⁶, pero antes de la declaración de incompetencia pa-

rece razonable dar traslado a solicitante para que pueda aportar un nuevo domicilio o solicitar el auxilio judicial para su averiguación. De estas actuaciones puede resultar su localización dentro o fuera de la demarcación judicial o bien domicilio desconocido, siendo diversas las consecuencias jurídicas. La aparición dentro de la demarcación debe dar lugar a un nuevo acto de comunicación en dicho domicilio. En caso de que fuese en otra diferente, es cuando procedería la inhibición a dicho juzgado (art. 58 LEC). El sobreseimiento o archivo del expediente, que no la declaración de incompetencia únicamente procede en el supuesto de domicilio desconocido.

A los anteriores supuestos podríamos añadir la posible determinación del **domicilio en un país extranjero**.

En este supuesto será necesario distinguir a su vez si ese país está dentro o fuera de la Unión Europea. Así en el primer caso, entiendo que lo procedente sería dar traslado al solicitante del monitorio a fin de que pueda elegir entre acudir al Procedimiento Monitorio Europeo que sería procedente si ese domicilio se encuentra en un país comunitario y ya lo era en la fecha de presentación de la solicitud o en el caso de que fuese un cambio posterior, o cuando así lo solicitase pudiese el reclamante solicitar la aplicación del *Reglamento 1393/2007 sobre Notificación y Traslado de Documentos*.

Si estuviésemos ante un domicilio en un país no comunitario habría que acudir a los instrumentos convencionales que pudiesen estar en vigor, o en su caso al Principio de Reciprocidad.

Aunque la mayoría de los supuestos dudosos se plantean en este ámbito de la controvertida competencia también pudieran darse supuestos controvertidos sobre la atribución de jurisdicción.

VI. PETICIÓN MONITORIA

A diferencia de los procedimientos ordinarios, la petición monitoria no requiere de demanda, siendo suficiente un escrito (que incluso es facilitado por los servicios de Atención al Ciudadano), con la mera reseña de las identidades y domicilios de acreedor y deudor, cuantía que se reclama y lógicamente acompañado del documento que sustenta el crédito reclamado.

No es necesaria la intervención de Abogado y Procurador, a diferencia de lo que ocurre cuando se formula oposición por el deudor, pues entonces entran ya en juego las reglas generales en materia de postulación y si supera los 900 euros la operación ha de ir suscrita por Abogado⁷.

Se plantea la duda de la posibilidad de solicitar coetáneamente **medidas cautelares**. En el monitorio de reclamación a morosos de Comunidades de propietarios, tal posibilidad aparece expresamente contemplada en el art. 21.5 de la L.P.H., pero nada se dice en relación con el que podríamos llamar monitorio ordinario. La brevedad del procedimiento puede llevar a pensar en su improcedencia, pero lo cierto es que no está excluida la misma y por tanto no debería existir óbice para la inadmisión de medidas cautelares, aunque en este caso la

³ Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica.

⁴ (Tol 149089).

⁵ Dejando al margen ahora los monitorios en relación con los morosos de comunidades de Propietarios.

⁶ (Tol 1275355).

⁷ (Tol 525592).

cuestión de la postulación quedaría modulada siguiendo el régimen propio de las medidas cautelares que no es otro que el ordinario.

También puede ser polémica la admisibilidad de los **intereses de la deuda monitoria**, y ello ante el silencio de la L.E.C., a diferencia de lo que ocurre en el Procedimiento Monitorio Europeo que expresamente contempla esta posibilidad.

Los intereses vencidos y exigibles forman parte de la deuda en el momento de su reclamación y por tanto no debe existir obstáculo para su reclamación vía monitorio. Por otra parte el art. 816.2 dispone que desde que se despacha ejecución la deuda devengará los intereses de mora procesal previstos en el art. 576.2 de la LEC.

Pero, nada se dice de los intereses intermedios esto es los que se pueden devengar durante la tramitación del expediente, en concreto entre la presentación y el auto despachando ejecución, cuestión no baladí, si tenemos en cuenta que el auto despachando ejecución ha de concretar la cantidad por la que se efectúa tal pronunciamiento ejecutivo. La solución podría ser que tanto la petición monitoria como el auto ejecutivo mencionen la solicitud y condena de los intereses de tramitación.

Cuestión distinta es la que se refiere a las costas, pues al no ser necesario Abogado y Procurador, la mención a las costas no parece necesaria y si se incluye puede constituir un pronunciamiento vacío que deja de serlo en el caso de oposición del deudor pues entonces sí que rige la regla general en materia de costas.

VII. VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PETICIÓN MONITORIA

De la lectura conjunta y separada de los art. 812 y 815 parece deducirse un distinto grado de intensidad en la valoración judicial de los documentos a la hora de que el juez dicte la providencia de admisión.

En efecto, los documentos reseñados en el *apartado 2 del art. 812* permiten una práctica "automatizada" de la admisión del requerimiento, a diferencia del resto, respecto de los cuales la Ley habla de que constituyesen "*a juicio del tribunal un principio de prueba del derecho del peticionario*".

Existe una lógica explicación ante la mayor entidad probatoria que enumeran los supuestos descritos en ese apartado 2.

Evidentemente además del citado control del "fumus" documental, existen los controles ordinarios sobre jurisdicción, competencia y capacidad procesal que conjuntamente con aquél conforman el ámbito propio de la valoración judicial tras la presentación de un Monitorio.

VIII. POSTURAS DEL DEUDOR

1. Incomparecencia del deudor

Practicado el requerimiento, si en el plazo de 20 días ni paga, ni se opone, prevé el art. 816 la consecuencia de que "*se despachará ejecución por la cantidad adeudada*".

Los que conocen la práctica judicial cotidiana son privilegiados observadores de cómo una norma igual para todos puede ser aplicada desigualmente por muy diversos motivos, entre los cuales alguno es tan poco científico como el "aquí siempre se hizo así".

Se trae a colación la cita en este punto, pues aquí empiezan inexplicables diferencias procedimentales que no pueden ampararse en la interpretación cuando el texto legal no lo permite. En efecto, **el despacho de ejecución es automático, sin necesidad de petición del acreedor monitorio**. Sin embargo en algunos tribunales se espera la expresa petición del acreedor para su dictado lo que constituye una innecesaria dilación del procedimiento.

Cuestión distinta es que el acreedor luego haga uso de ese título ejecutivo respecto de lo cual también pueden plantearse diferentes comportamientos judiciales, pues algunos tribunales notifican el auto y exigen la presentación de demanda ejecutiva, mientras que a otros les basta un simple escrito instando la ejecución postura que parece a nuestro juicio la más correcta.

2. Pago por el deudor

El art. 817 establece nitidamente que si el deudor atendiese el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se le hará entrega de justificante de pago y se archivarán las actuaciones.

A pesar de la claridad de la dicción legal también aquí surgen dudas. Algunos entienden que el pago ha de ser extrajudicial apoyándose en la frase "tan pronto como lo acredite" argumentando además que el Juzgado no es una oficina bancaria.

Sin embargo entiendo, con la mayoría, que nada debe impedir que el deudor venga a consignar al Juzgado el importe de la deuda monitoria, en cuyo caso el Secretario Judicial le indicará la forma y lugar del ingreso, y una vez efectuado, expedirá el justificante oportuno.

Además nada debería impedir tampoco admitir un pago por cantidad inferior, pues evidentemente se minoraría en dicha medida el despacho de ejecución.

Por tanto, el pago puede ser tanto en el juzgado o extra-procesalmente, y por la totalidad o por una cantidad inferior. Si el pago es por la totalidad la consecuencia jurídica es el archivo de las actuaciones pues ha quedado satisfecha la tutela judicial tras el pago al acreedor y la justificación documental del mismo al deudor.

Si por el contrario el abono fuese por cantidad inferior a la reclamada y no hubiese oposición por la diferencia, la consecuencia tendría que ser el despacho de ejecución por dicha diferencia.

3. Oposición del deudor

Al deudor le basta oponerse para que el monitorio pierda su naturaleza especial y privilegiada y las partes hayan de dirimir su contienda a través del procedimiento contencioso que corresponda según la cuantía.

A diferencia de lo que ocurre con la petición monitoria si la oposición es frente a una reclamación superior a 900 euros es necesaria la firma de Abogado y Procurador.

Al igual de lo que ocurre con el pago, la oposición puede ser parcial, esto es, el deudor puede reconocer una deuda (abonándola o no) y oponerse por entender que la reclamación que se le efectúa es por cantidad superior (*pluspetición*). Estamos ante un *allanamiento parcial* que tendrá el tratamiento legal específico (*art. 21.2 de la L.E.C.*).

Los principales problemas prácticos que genera esta tercera postura del deudor son:

- la eventual preclusión de causas de oposición
- la eventual extemporaneidad de prueba documental por el acreedor
- la tramitación procesal a desarrollar.

En relación con la primera cuestión, ha sido objeto de amplio debate la posibilidad de que el deudor al contestar la demanda subsiguiente a la oposición pueda o no alegar causas o motivos diferentes a los que alegó en el momento de la oposición.

El criterio esencial para resolver esta duda consiste, a mi juicio, en la proscripción de la indefensión, de suerte que lo que hay que evitar es una actuación sorpresiva que deje sin posibilidad de defensa a la parte contraria.

Pensemos en una reclamación monitoria que, por ser inferior a 900 euros, da lugar ante la oposición del deudor a la inmediata convocatoria de vista en cuyo acto el acreedor ratifica su petición y al contestar el demandado alega la prescripción de la acción que no había sido invocada al oponerse.

Por el contrario pensemos en una reclamación monitoria que por su cuantía ante la oposición del deudor se reconvierte en ordinario con nueva presentación de demanda, que da lugar a la oportuna contestación y trámites subsiguientes.

No parece que ambos supuestos merezcan una misma solución. El primer caso se puede justificar bien la suspensión del acto para que el acreedor pueda alegar y probar sobre la oposición novedosamente invocada, bien la improcedencia de la nueva causa por preclusión.

En el segundo la iniciación de un proceso nuevo por sus trámites ordinarios permite excluir la preclusión de las alegaciones.

Íntimamente relacionada con la cuestión se encuentra la del momento de presentación documental, aunque en este caso parece claro que no tiene el acreedor que presentar en el momento inicial del monitorio toda la batería documental de que disponga, pues se trata únicamente de acompañar el documento que recoge la deuda y esperar la postura del deudor. Ante la oposición de éste, entiendo plenamente justificada bien en la vista convocada de inmediato, bien con la posterior demanda completar la documental según las reglas ordinarias.

Por último y en relación con el cauce procedimental, lo único que parece claro es que la competencia corresponde al mismo juzgado, pues en cuanto a los demás aspectos existen muy diferentes modos de interpretar la dicción legal al respecto.

Desde nuestro punto de vista, la solución procesal correcta consiste en

3.1. Caso de que no exceda del juicio verbal

En este supuesto, tras el escrito de oposición procede que en el mismo expediente se convoque a las partes a una vista que se celebraría por los trámites del juicio verbal, en cuyo acto el reclamante tiene la posibilidad de bien verbalmente o por escrito concretar su pretensión y acompañar documental diferente a la acompañada inicialmente. En el supuesto de una invocación de oposición diferente por el demandado el Tribunal deberá actuar de forma que no se cree indefensión a ninguna de las partes.

3.2. Caso de que excediera del verbal

Aquí la duda es si la demanda da lugar a un nuevo expediente o a otro diferente, entiendo que es preferible incoar otro expediente ante el mismo Juzgado, siendo la tramitación similar a la de cualquier otro sin monitorio previo.

IX. CONCLUSIONES

- 1) El proceso monitorio ha funcionado de forma satisfactoria ayudando a depurar los procedimientos judiciales de reclamación de cantidad.
- 2) Parece oportuno eliminar la limitación de cuantía existente atendiendo a la Directiva 35/2000 y a la inexistencia de tal límite en el Reglamento 1896/2006 del Proceso Monitorio Europeo
- 3) Convendría que el legislador eliminase mediante la oportuna reforma las dudas existentes sobre:
 - a) la suficiencia de determinados documentos
 - b) la competencia territorial
 - c) preclusión o no de las causas de oposición
 - d) automaticidad del despacho de ejecución
 - e) causas procesales en caso de oposición del despacho.

Algunas cuestiones sobre la prueba pericial en el proceso civil

Salvador Guerrero Palomares

Abogado, doctor en derecho y profesor colaborador de Dº Procesal en la UMA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se corresponde con la ponencia titulada «La prueba pericial en el proceso civil» incluida en la Sección de Derecho Procesal del V Congreso de la Abogacía Malagueña, expuesta el día 16 de octubre de 2009.

Dada la extensión objetiva de la materia, decidimos acotar el objeto de la ponencia a tres cuestiones, sin perjuicio de comentar tangencialmente algunas otras. Así, la exposición y el presente trabajo se circunscriben a lo siguiente: el momento procesal oportuno de introducción en el procedimiento de la prueba pericial, las potestades de oficio que el Juez conversa respecto de este medio probatorio y por último, la valoración de dicha prueba por parte de los órganos jurisdiccionales que conocen de la primera y segunda instancia, y del recurso extraordinario por infracción procesal.

No pretende este trabajo ser un análisis dogmático y científico de la cuestión, sino más bien unas notas de eminente sentido práctico que puedan servir al profesional que debe enfrentarse a la problemática que este medio de prueba abarca, en las concretas materias que serán objeto de estudio.

A modo de breve introducción, cabe indicar que el decimonónico sistema de pericia única, intraprocesal y judicial de la LEC de 1881, ha sido sustituido en la LEC por un sistema de pericial dual y opcional que admite tanto el dictamen por peritos designados libremente por las partes, como el dictamen de peritos designados, a instancia de parte, por el tribunal. Ello representa un cambio muy significativo respecto del anterior sistema que ha determinado una distinta configuración de este tipo de prueba en el proceso.

De otro lado, cabe indicar, antes de entrar al estudio de las cuestiones anunciadas, que la importancia capital de este medio probatorio es innegable en cualquier tipo de procedimiento, siendo imprescindible en determinados supuestos que se dan frecuentemente en la práctica, como son los procedimientos sobre defectos constructivos, incapacidad de las personas, cuestiones relativas a accidentes de circulación, obras incontestadas, interdictos de obra nueva, y otros cuantos. Debido a que estamos ante una prueba que, como establece el artículo 335.1 de la LEC, exterioriza conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos de los que el Juez, en teoría, carece, los dictámenes periciales y la eventual ratificación de los mismos se convierten en piedra angular del pleito, descansando en ellos buena parte de la *ratio decidendi* que empleará el Juzgador a la hora de resolver el litigio.

II. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA INTRODUCIR LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCEDIMIENTO

Aún hoy, ocho años después de la aprobación de la LEC, puede afirmarse que cuál sea el momento procesal oportuno en que las partes pueden incorporar el dictamen pericial a la causa, es una cuestión que sigue generando dudas en el foro, provocadas, sin duda, por una técnica legislativa bastante mejorable.

Así, ha tenido que ser la jurisprudencia menor la que vaya determinando criterios interpretativos al respecto, habiendo sido necesario, incluso, la intervención del Tribunal Constitucional, en la sentencia 60/2007 que luego citaremos.

Para abordar esta materia, es necesario hacer una división previa entre el estudio del dictamen de perito designado por la parte y el dictamen de perito de designación judicial.

1. Prueba pericial producida por perito designado ex parte

La regla general para que los litigantes incorporen la prueba pericial al pleito es la aportación del dictamen junto con los escritos de demanda y contestación.

Así lo establece el artículo 336.1 de la LEC, que hay que relacionar con el artículo 265.1.4 del mismo cuerpo legal.

– Art. 336.1: «Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley»

– Art. 265.1.4: «A toda demanda o contestación habrán de acompañarse: [...] Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339».

Ahora bien, situados en esta regla general donde la pericia se acompaña a los escritos rectores del procedimiento, cabe preguntarse cuál es el momento para su incorporación por parte del demandado cuando estamos ante un Juicio Verbal común, es decir, sin contestación a la demanda por escrito, sino en el acto de la vista.

La respuesta a esta cuestión ha tenido que venir dada por la jurisprudencia, que vaciló al respecto, hasta que la STC 60/2007 clarificó el criterio, entendiendo que en esos casos, el demandado debe aportar el informe pericial en el momento en el que contesta a la demanda, esto es, en la vista del Juicio Verbal (art. 442 LEC). En este sentido, la STC citada declaró que:

«Los arts. 265.1.4 y 336 LEC hacen referencia al régimen general de la aportación de los dictámenes periciales a instancia de las partes. Estos preceptos establecen el momento procesal preclusivo de su aportación, que coincide con la presentación de los escritos de demanda y de contestación a la demanda (también rige esta regla en los casos de demanda reconvenional y de contestación a la misma) en el juicio ordinario; en el juicio verbal, debido a que la contestación a la demanda se realiza oralmente en la vista, el dictamen aportado por el demandado debe introducirse al tiempo de la contestación oral, es decir, en la vista (arts. 265.4 y 336.1 y 4 LEC)»

Dicha doctrina ha sido seguida, como no puede ser de otro modo (art. 5.1 LOPJ) por las Audiencias Provinciales, que han precisado que el momento concreto es el trámite de contestación a la demanda en la vista, y no el de proposición de prueba, donde su aportación ya sería extemporánea (SAP Málaga, sec. 5ª, S 3 de mayo de 2005 ó Cádiz, Secc. 2ª, S 15 de junio de 2009).

La regla general expuesta relativa a la aportación con la demanda y la contestación, tiene distintas excepciones.

i) Una primera excepción se contiene en el art. 337.1 LEC, en relación con los artículos 336.3 y 4 del mismo cuerpo legal, cuando establece que si a las partes no les fuera posible aportar el dictamen con la demanda o la contestación, pueden aportarlo antes de iniciarse la Audiencia Previa o antes de la vista del Juicio Verbal, cumpliendo dos requisitos: (i) Que se haya justificado la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos en el momento de presentar sus escritos de demanda y contestación (art. 336.3 y 4), y (ii) Que en esos escritos se exprese los dictámenes de los que pretenda valerse la parte (art. 337.1).

– Art. 337.1: «Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en

cuanto dispongan de ellos, y en todo caso antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o antes de la vista en el verbal».

– Art. 336.3: «Se entenderá que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquella hasta la obtención del dictamen».

– Art. 336.4: «En los juicios con contestación a la demanda por escrito, el demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con aquella contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar».

A este respecto, hay que ser cuidadosos con el cumplimiento de estos requisitos. Estamos en presencia de una excepción, que rompe además con la regla establecido en el artículo 269 de la LEC, según la cual, cuando con la demanda y contestación no se presenten los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes que según la ley hayan de aportarse en ese momento (y el dictamen pericial lo es, según el ya citado art. 265.1.4), no podrá la partes presentarlos posteriormente.

Ello determina que, en estos casos, habrá que justificar bien la imposibilidad de aportación inicial, ya que la no justificación puede dar lugar a la inadmisión de la prueba, lo que sucedió en los casos estudiados por la SAP Salamanca, Secc. 1ª, 10 de noviembre de 2006, SAP de Asturias, sec. 5ª, S 1 de septiembre de 2005, o SAP de Ávila, de 20 de junio de 2002, que entendió, por ejemplo, que el transcurso del plazo de prescripción no era suficiente justificación para demorar la presentación de un dictamen por parte del actor.

ii) Una segunda excepción la encontramos en el art. 338.2 LEC, que establece que los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la Audiencia Previa al juicio se aportará por las partes con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o la vista del Verbal con contestación a la demanda por escrito.

– Art. 338.2: «Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, en los juicios verbales, manifestando las partes al tribunal si consideran necesario que concurren a dichos juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, con expresión de lo que se señala en el apartado 2 del artículo 337. El tribunal podrá acordar también en este caso la presencia de los peritos en el juicio o vista en los términos señalados en el apartado 2 del artículo anterior»

iii) Una tercera, aunque parezca que se solape con la anterior, la tenemos en el artículo 426.5, incardinado dentro de la Audiencia Previa del Juicio Ordinario, que establece que en dicho acto, las partes podrán aportar documentos y dictámenes que se justifiquen en relación con las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos a que se refieren los ordinales anteriores de dicho precepto.

– Art. 426.5: «En el acto de la audiencia, las partes podrán aportar documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo. A la presentación de estos documentos será de aplicación, según sus clases, lo dispuesto en los artículos 267 y 268 de esta Ley».

iv) La cuarta y última excepción, se sitúa en lo dispuesto en el art. 339.1 de la LEC, que establece que el titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tiene que aportar los

dictámenes con la demanda o contestación, sino simplemente anunciarlos, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de los mismos, con aportación posterior.

– Art. 339.1: «Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita».

2. Dictamen pericial elaborado por perito de designación judicial

Como se adelantó, nuestro sistema dispone lo que se ha denominado una prueba pericial dual, de modo que no sólo es posible que las partes aporten los dictámenes que estimen por conveniente, sino que además existe la posibilidad de la designación judicial del perito, lo que con cierta inexactitud se denomina en el foro «pericial judicial».

La nueva LEC configura un sistema de pericia de designación judicial opcional, subsidiario y eventual. Opcional porque las partes podrán escoger entre aportar pericial de parte o solicitar la pericial de designación judicial, pudiendo aportar una y pedir también la otra; subsidiario, porque la modalidad ordinaria de prueba pericial es el dictamen por perito designado por la parte, sujeto a la carga de aportación, bajo sanción de preclusión. Y eventual, porque la modalidad de pericial de designación judicial constituye una facultad de las partes, pero sujeta a un juicio de pertinencia de la prueba solicitada.

Esto último es una cuestión relevante. Mientras que sobre las periciales aportadas por las partes, la potestad jurisdicción del tribunal se limita, según la SAP Madrid, Secc. 5ª, S 5 de mayo de 2007, «al control del cumplimiento del examinado plazo común para su aportación», en la pericial de designación judicial, los artículos 339.1 y 3 de la LEC, a los que nos referimos más adelante, establecen que el tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado.

La regla general en cuanto al momento procesal para solicitar la designación judicial del perito es la misma que la anterior: debe interesarse en los escritos de demanda y contestación, según determina el artículo 339.2, párrafo 1.

– Art. 339.2.I: «El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas».

Esta regla general de solicitud con la demanda y la contestación, tiene también sus excepciones.

i) El artículo 339.2, párrafo segundo, con una redacción un tanto confusa, parece querer indicarnos que, con posterioridad a la demanda, el actor —y no el demandado— podrá solicitar la pericial judicial si la necesidad de dicha prueba se justifica por las alegaciones contenidas en la contestación.

– Art. 339.2.II: «Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente».

Lo que el precepto no nos aclara cuál es el momento preclusivo para solicitar la designación judicial de perito en estos casos.

En nuestra opinión, nada impediría, en el Juicio Ordinario, solicitar esta designación en el acto de la Audiencia Previa que es, en definitiva, donde se propone la prueba.

En los verbales con contestación a la demanda por escrito, al no existir audiencia previa, la solicitud debería producirse antes de la vista, dado que el artículo 346 de la LEC establece que los peritos de designación judicial deben presentar su dictamen antes del juicio.

Si nos encontramos en un juicio verbal sin contestación a la demanda por escrito, lógicamente, el momento de solicitar la designación judicial por parte del actor a consecuencia de la contestación a la demanda, será el inmediato posterior a que esta tenga lugar oralmente en la vista.

ii) La segunda excepción a la regla general, con una técnica legislativa un poco más clara, nos la ofrece el art. 339. 3 de la LEC, que permite, en el juicio ordinario, solicitar la pericial judicial en el mismo acto de la Audiencia Previa, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias realizadas en la misma, por la vía que permite el artículo 427.4.

– Art. 339.3: «En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado cuarto del artículo 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen, y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre».

– Art. 427.4: «En el mismo caso del apartado anterior, las partes que asistieren a la audiencia, en vez de aportar dictamen del perito que libremente designen, podrán solicitar, en la misma audiencia, la designación por el tribunal de un perito que dictamine. Esta solicitud se resolverá con arreglo a lo establecido en la sección del capítulo VI del Título 1 del Libro II de esta Ley».

Nótese como, en este caso, se requiere, además de que supere el juicio de pertinencia y utilidad, que «ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el Tribunal nombre».

Ante este tenor legal, cabe preguntarse si ello significa que las partes habrán de aquietarse con las conclusiones que ofrezca esa pericia.

La respuesta debe ser negativa. Ese informe pericial podrá someterse a contradicción el mismo y a crítica por parte de que quien se vea perjudicado por él. Ciertamente, sostener lo contrario implica que, en atención al principio dispositivo, el juez debería también aquietarse con las conclusiones de la pericial que las partes aceptan de antemano, lo que sería tanto como despojar al juez de sus funciones jurisdiccionales para hacerlas recaer en el perito que se erigiría en el órgano decisor de la contienda, lo que no se ajusta, ni con las reglas de la lógica jurídica elemental ni con el artículo 117.3 de la Constitución Española.

En cuanto a la presentación efectiva del dictamen pericial elaborado por perito designado judicialmente, el artículo 346 de la LEC viene a establecer que la misma se realizará con antelación al juicio o vista del juicio verbal, pues dicho artículo indica que hay que dar traslado a las partes del dictamen para que las mismas indiquen si consideran necesario que el perito comparezca en Juicio.

– Art. 346: «El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al tribunal en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado».

Sin embargo, cabe reseñar que, en un caso concreto, la SAP Málaga, Secc. 5ª, de 26 de septiembre de 2006, consideró ajustado a derecho la aportación de la pericia de designación judicial en el acto de la vista.

– SAP Málaga, de 26.09.06: «se denuncia la vulneración del art. 346 de la LEC en tanto que no se le dio traslado dictamen con anterioridad a la celebración del juicio, sin embargo tampoco se le dio traslado del mismo a la actora, por lo que no gozó de privilegio alguno respecto de la recurrente, y lo cierto es que en el acto del juicio se efectuaron cuantas preguntas se tuvieron por conveniente, por lo que es evidente que en modo alguno se causó indefensión y, por ende, no puede admitirse la pretensión de que se invalide el referido informe pericial»

III. LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO DEL JUEZ

Aunque nuestro sistema civil se configura desde el principio dispositivo o de rogación (art. 216 LEC), la LEC reserva al Juez determinadas e importantes potestades de oficio, también en el ámbito de la prueba pericial.

En este sentido, el artículo 339.5 de la LEC, permite al Juez, en el ámbito de los procedimientos llamados no dispositivos (filiación, paternidad y maternidad, capacidad de las personas y procesos matrimoniales), la práctica de prueba pericial acordada de oficio por el Tribunal, lo que se complementa con lo establecido en los artículos 759.1 y 770.4 de la LEC.

– Art. 339.5: «El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales».

– Art. 759.1: «En los procesos de incapacidad, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por si mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacidad sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal».

– Art. 770.4: «Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oír si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años».

En el marco de los procedimientos puramente dispositivos, el Tribunal guarda asimismo determinadas potestades de oficio, que merece la pena analizar.

1. La práctica de oficio de prueba pericial como diligencia final, ex art. 435.2 LEC

Aunque no lo diga la ley expresamente, se viene admitiendo por la jurisprudencia menor que el Tribunal pueda ordenar la práctica de la prueba pericial como diligencia final del artículo 435.2 de la LEC.

Recordemos como este precepto establece que «Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que practique de nuevo pruebas sobre hechos re-

levantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes» a su esclarecimiento.

En este sentido, la SAP Málaga, Sec. 5ª, 25 de febrero de 2005, avaló esa posibilidad, y lo mismo sucedió con la SAP de Cáceres, Secc. 1ª, de 27 de enero de 2003.

– SAP de Málaga, de 25.2.05: «El art. 435 de la L.E.C. en orden a fijar unas reglas conforme a las cuales deben realizarse las diligencias finales, establece claramente una distinción entre dos grupos de situaciones distintas, de ahí que divida el precepto en dos apartados claramente diferenciados. El primero de ellos, obedece a la aplicación estricta del principio de rogación, dispositivo, de impulso del proceso a cargo de los propios litigantes tal como aparece recogido en el art. 216 de la L.E.C. al indicar que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la Ley disponga otra cosa en casos especiales». En consecuencia, la ejecución de las diligencias finales en estos supuestos no sólo se supeditan a la pertinente petición de parte, sino que en los tres epígrafes que componen el primer apartado se describen una serie de circunstancias relacionadas con la actividad procesal de los litigantes (prohibición de suplir la actividad probatoria que hubiera correspondido a las partes) o ajenas a la misma (imposibilidad de su realización por causas que no les sean imputables, así como pruebas pertinentes y útiles derivadas de hechos nuevos o de los que no se tuviera noticia), que necesariamente han de concurrir con la finalidad de evitar actuaciones que pretendan injustificadamente dilatar la marcha del pleito o que resulten claramente innecesarias en punto a la resolución de los extremos discutidos en aquel. Sin embargo, en contraposición con lo anterior, el segundo párrafo del artículo introduce un factor característico de la función inquisitiva del juzgador y al margen del tradicional principio de rogación, por el que le faculta a acordar la realización de diligencias finales por propia iniciativa siempre que a su través pueda obtenerse una mayor certeza sobre los hechos objeto de disputa. Es decir, se elimina el riesgo de dilaciones indebidas por tener su origen las nuevas pruebas en la decisión objetiva del Juez, y se entiende, por lo tanto, que al tener por finalidad la que se ha expuesto se rigen por criterios de utilidad y pertinencia, quedando sometidas al prudente y discrecional arbitrio del titular del órgano judicial. Únicamente establece la norma a modo de cortapisa la circunstancia de que, las pruebas anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes». [...] entendemos que la expresión utilizada abarca tanto la remoción de los elementos fácticos o jurídicos que hubieren impedido la realización con anterioridad de las pruebas oportunas o que éstas a pesar de ejecutarse no hayan producido el resultado apetecido siempre y cuando en ambos casos no pueda apreciarse la existencia de culpa en las conductas procesales desplegadas por los intervinientes; como la desaparición de aquellos datos de índole meramente valorativa en cuanto que afectan al análisis de las pruebas legítimamente practicadas, y que consisten en la imposibilidad de esclarecer unos hechos que hasta el momento mismo de dictar sentencia el sentenciador juzgaba que podía pronunciarse sobre ellos en función de las diligencias obrantes en autos; es decir, se han modificado unas circunstancias (creencia de poder resolver con base en los datos existentes) que justifica conforme el tenor del precepto la realización de la diligencia final. Y la mencionada alteración es independiente de la voluntad o negligencia de los interesados, pues no viene dada por la mayor o menor exhaustividad de los diferentes informes periciales por ellos encargados, sino por la simple existencia objetiva de los mismos que con independencia de su contenido reflejan una contradicción irresoluble sobre los aspectos esenciales de las cuestiones controvertidas suscitadas al ser radicalmente contradictorios entre sí. De ahí que sea indispensable disponer de un criterio objetivo y ajeno a los intereses en conflicto con el objeto de poder alcanzar una decisión definitiva ajustada a derecho. Sostener una postura diferente supondría privar al juzgador de un elemento dirimente de indudable ayuda y eficacia en casos como el ahora enjuiciado en que existen criterios técnicos divergentes y en los que la ausencia de acreditación incontrovertida de lo verdaderamente acontecido no es imputable a la dejadez o impericia de los intervinientes [...] difícilmente puede forzarse al juzgador a dictar una sentencia incongruente o incurrir en una indeseable modificación del suplico de la demanda, ya que aun cuando ésta contenga una petición alternativa o subsidiaria, ambas (corrección de las deficiencias arquitectónicas o pago del coste correspondiente a las obras de

reparación) pueden verse atendidas sin exceder de las pretensiones concretas de la entidad actora mediante una valoración racional de las consideraciones y conclusiones contenidas en el estudio técnico encargado al efecto».

– SAP Cáceres, de 27.1.03: «Tales Diligencias Finales están previstas en el artículo 435-2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone: "Excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de pruebas anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos". A la vista de las periciales aportadas en autos que no han resultado esclarecedoras para el resultado perseguido, no se ve inconveniente alguno para que se pueda acordar una pericial-judicial que puede dar luz al juez de instancia para la adecuada resolución del caso a él sometido

2. Práctica de oficio de la prueba en el ámbito de la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas, de los artículos 712 y siguientes

Dentro de este trámite, si el deudor se opone a la pretensión del acreedor, se convocará a las partes a una vista, estableciendo el artículo 715 que el Juez podrá, a instancia de parte, o de oficio, nombrar un perito que dictamine sobre la efectiva producción de los daños o su evaluación en dinero.

– Art. 715: «Si, dentro del plazo legal, el deudor se opusiera motivadamente a la petición del actor, sea en cuanto a las partidas de daños y perjuicios, sea en cuanto a su valoración en dinero, se sustanciará la liquidación de daños y perjuicios por los trámites establecidos para los juicios verbales en los artículos 441 y siguientes, pero podrá el tribunal, mediante providencia, a instancia de parte o de oficio, si lo considera necesario, nombrar un perito que dictamine sobre la efectiva producción de los daños y su evaluación en dinero. En tal caso, fijará el plazo para que emita dictamen y lo entregue en el Juzgado y la vista oral no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente al traslado del dictamen a las partes».

3. Sugerencia de oficio de la necesidad de la prueba pericial

Si bien en puridad, no estaríamos hablando de prueba acordada de oficio, sí se acerca mucho a esto la posibilidad que la LEC brinda al Tribunal en la Audiencia Previa, en el artículo 429.1, párrafo segundo.

Dicho precepto prevé la posibilidad de que el Tribunal señale la conveniencia de alguna prueba no propuesta por las partes, en el caso de que las propuestas, a juicio del Tribunal, pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

– Art. 429.1.II: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente».

En este caso, si bien el Tribunal no puede acordar de oficio la práctica de la pericia, es evidente que indirectamente sí lo hace, en el caso de que proponga a las partes su práctica, dado que será muy extraño que la parte que pretenda probar aquél hecho sobre el que el

Tribunal haya manifestado la insuficiencia probatoria y la necesidad para solventarla de una prueba pericial, no acabe solicitándola.

4. Otras facultades de oficio del Tribunal sobre la prueba pericial

Pasamos a reseñar a continuación otras potestades de oficio del Tribunal en relación con el objeto de nuestro estudio.

- i) La posibilidad de designación a dedo del perito judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339.5 ya citado.
- ii) La decisión sobre la provisión de fondos del perito, que se realiza sin oír a las partes, artículo 342.3.
- iii) La decisión del Tribunal de hacer comparecer al perito en la vista, de acuerdo con el artículo 346.
- iv) La formulación de preguntas y petición de aclaraciones al perito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 347.2.

De lo anterior, vamos a detenernos en algunas cuestiones.

Referente a la designación a dedo del perito, la misma sólo está prevista en la Ley para los procesos no dispositivos, por cuanto para los demás, el sistema de designación es que establece el artículo 341 de la LEC (lista facilitada por corporaciones y colegios profesionales, comenzando la primera designación por sorteo y posteriormente, de forma correlativa); sin embargo, la Sección 5ª de nuestra Audiencia Provincial, en Sentencia de 26 de septiembre de 2006, dio por buena la designación a dedo del Tribunal en un Juicio Ordinario. En ese supuesto, el Juez encargó la pericia médica directamente al médico forense de su Juzgado.

—SAP Málaga, de 26.09.05: «El juez decidió, en base a que la demandada también solicitaba la testifical pericial del Forense del Puerto de Santa María, se inclinó, con toda lógica por admitir la pericial médica y designar como perito al Médico Forense de su Juzgado, porque en definitiva le ofrecía más garantías que cualquier otro, siendo cierto que en dicho sentido se vulneró lo especificado en el art. 339 de la LEC al designar el juez al mismo como perito sin acuerdo de las partes y en tal sentido sin acudir a la correspondiente lista en la forma que determina el art. 441; sin embargo ello no causa indefensión a la parte, dado que precisamente no cabe poner en duda la preparación técnica de un Médico Forense en la materia objeto de la pericia, ni su imparcialidad, máxime cuando se trata de valorar unas secuelas previamente fijadas»

En cuanto a la provisión del fondos del perito, hay que decir que la cuestión, en general, es espinosa, sobre todo ante la previsión legal del artículo 342.3 de que si en el plazo de cinco días no se hace frente a la misma, ya no se producirán más designaciones, o lo que es lo mismo, se habrá perdido la posibilidad de contar con una pericia de designación judicial.

Relacionado con esta cuestión, la práctica está revelando un problema importante, cual es la aplicación analógica por parte de algunas Audiencias Provinciales, de lo dispuesto en el artículo 342.3, a la tramitación de la ejecución forzosa de los artículos 637 y siguientes, de modo que, incluso en la vía de apremio, la falta de pago de la provisión de fondos determina la imposibilidad de designar a un nuevo perito judicial. Así se han pronunciado, por ejemplo, la Secc. 3ª de la AP de Córdoba, en Auto de 7 de noviembre de 2002, o la Secc. 6ª de la AP de Valencia, de 29 de julio de 2002.

—AAP Córdoba, de 7.11.02: «nada empece a que cuando el perito tasador judicialmente designado, tal y como es el caso, solicite provisión de fondos, el Juzgado acertadamente acuda a una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 342-3 de dicha Ley y ordene a la parte ejecutante

proceda a abonar la cantidad fijada como provisión de fondos en la cuenta de depósitos y consignaciones y, a cuenta de la liquidación final de honorarios, máxime cuando dicho proceder no es sino desarrollo práctico de lo expresamente previsto para las costas y gastos de ejecución en el núm. 2 del art. 539 de la LEC»

—AAP Valencia, de 29.7.02: «en sede del Libro III relativo a la Ejecución Forzosa y Medidas Cautelares, se contemplan normas específicas para la valoración de los bienes embargados —artículos 637 y 638 de la N LEC— en que se hace expresa referencia al mecanismo de designación de perito tasador y su actuación en el proceso, sin mención alguna a que el mismo pueda interesar provisión de fondos, siendo igualmente cierto que la previsión legal sobre la provisión de fondos a peritos se encuentra contemplada en el Libro Segundo, relativo a los procedimientos ordinarios y en sede de regulación del “medio de prueba” denominado por el legislador “dictamen de peritos”».

En contra, y con más sentido, a mi juicio, la Secc. 1ª de la AP de Valladolid, en Auto de 5 de diciembre 2003, que establece que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 639 de la LEC el perito designado para el avalúo de los bienes tiene obligación de presentar el dictamen, sin que se prevea en ese trámite la posibilidad de que solicite provisión de fondos, y menos aún, de que la falta de ese pago determine que el perito deje de estar obligado a realizar el informe.

—AAP Valladolid, de 5.12.03: «el principio de legalidad procesal —artículo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y el carácter público e indisponible de sus normas difícilmente se compeadece con una aplicación extensiva y analógica de las mismas, de tal forma que la inexistencia en los preceptos reguladores del procedimiento de apremio y, más en concreto, en aquéllos que regulan la valoración de los bienes embargados, nombramiento y actuación del perito tasador, de previsión alguna semejante a la contenida en el artículo 342.3 del mismo texto, en modo alguno autorizan la aplicación del mismo a un supuesto en el que lo que es objeto de regulación es la práctica de la prueba pericial en la fase declarativa del procedimiento [...] Incidiendo en lo anterior cabe señalar, tal y como indicaban las resoluciones de la Sección Tercera antes aludidas, que el artículo 639 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se manifiesta en términos imperativos en torno a la emisión por el perito tasador de su informe de valoración de los bienes embargados en el procedimiento de ejecución en el que se regula su intervención, sin que se prevea la posibilidad de condicionar el cumplimiento de la obligación asumida a la percepción o no de la discutida provisión de fondos, tal y como por el contrario, sí autoriza expresamente el artículo 342 de la ley adjetiva».

IV. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

El artículo 348 de la LEC es claro al respecto: «la prueba pericial se valora según las reglas de la sana crítica».

Estamos por tanto, como recuerda la SAP de Málaga, Secc. 4ª, de 27 de mayo de 2009, ante una prueba de «apreciación libre, no tasada y valorable por el juzgador según su prudente criterio».

Pero qué es ese «prudente criterio»? ¿qué es, en definitiva, la «sana crítica»?

La «sana crítica» se ha definido como las máximas de la experiencia, o en palabras de la SAP de Guipúzcoa, de 15 de mayo de 2006, «el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba».

Por su parte, una clarificadora sentencia de la AP de Málaga, Secc. 7ª, de 11 de julio de 2009, ha manifestado que, en relación con la prueba pericial, los criterios de la sana crítica están en relación con los siguientes aspectos del dictamen:

- Cualificación profesional o técnica de los peritos;
- La magnitud cuantitativa, clase e importancia o dimensión cualitativa de los datos recabados y observados por el perito;
- Operaciones realizadas y medios técnicos empleados;
- El detalle, exactitud, conexión y resolución de los argumentos que soporten la exposición,
- La solidez de las deducciones;

Asimismo, esta interesante sentencia nos da algunos ejemplos de cuando esa «sana crítica» puede vulnerarse:

- Cuando se omitan datos o conceptos que figuren en el dictamen, estableciendo con ello aspectos fácticos distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos;
- Cuando el juzgador se aparte del propio contexto o expresividad del contenido tergiversando ostensiblemente las conclusiones periciales;
- Cuando la valoración del informe sea ilógica por chocar el proceso deductivo realizado de una manera evidente con el razonamiento lógico;
- Cuando se proceda con arbitrariedad sustituyendo la ciencia del perito por una valoración propia contraria a los conocimientos científicos de los que carece por definición el órgano jurisdiccional;
- Cuando las apreciaciones del juzgador no sean coherentes, esto es, se ofrezcan sin tener en cuenta la elemental coherencia entre ellas que es exigible en la uniforme y correcta tarea interpretativa, resultando contradictorias entre sí.

Dicho esto, y por mucho que se trate de delimitar el concepto, la sujeción a la «sana crítica» permite el Tribunal un margen muy amplio de valoración probatoria que, en todo caso, debe limitarse cuando estamos ante pruebas periciales de corte muy científico y exacto, como por ejemplo puede ser una prueba ADN. No en vano, y a estos efectos, se ha venido diferenciando entre la pericial de opinión y la pericial objetiva. La pericial objetiva es aquella se otorga datos de manera exacta o cuasi exacta obtenidos a través de métodos científicos universalmente aceptados, y la pericial de opinión es aquella en la que las conclusiones no tienen tal grado de objetividad, y permiten la contradicción crítica y razonada.

Íntimamente ligado con lo anterior, abordaremos la cuestión de la prueba pericial en los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal.

Ante una sentencia que, valorando la prueba pericial, no acceda a otorgar la tutela que solicitamos queda abierta la vía de los recursos. Sin embargo, lo cierto es que resulta muy complejo obtener la revocación de una sentencia de primera instancia que base su *ratio decidendi* en la valoración probatoria de la prueba pericial.

En cuanto al recurso de apelación, existe un cuerpo sólido de doctrina jurisprudencial en los órganos de segundo grado según la cual la valoración de la prueba pericial por parte del Juez de primera instancia debe ser respetada a no ser que sus conclusiones se presenten como ilógicas, absurdas o contrarias al sentido común. Por todas, en el ámbito de nuestra AP, las SSAP Málaga, Secc.5ª, 5 de febrero de 2007, Secc. 6ª, 22 de mayo de 2009, o Secc. 7ª, 1 de junio de 2009, por citar algunas recientes.

Elo motiva y provoca una tremenda restricción a la hora de valorar la prueba pericial por el órgano de segunda instancia, determinando una extraordinaria dificultad de que prospere el recurso.

Sin embargo, a nuestro juicio, esa doctrina no es correcta, puesto que no tiene en cuenta que la apelación es un recurso ordinario que permite con plenitud jurisdiccional un "novum iudicium", como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 158/1998, y las que cita) y la jurisprudencia del TS (STS, entre otras, 8 mayo, 8 octubre y 7 diciembre 2001). En el recurso de apelación, el Tribunal "ad quem" no tiene más límites respecto de lo juzgado en primera instancia que los derivados del efecto devolutivo del recurso, de modo que tiene plena soberanía para formar su convicción con un criterio distinto al de la primera instancia.

Distinto es, sin embargo, lo que sucede en el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, que no es una tercera instancia, y donde la valoración de la prueba pericial sólo puede cuestionarse si la misma es ilógica, absurda o contraria a las máximas de la experiencia.

A este respecto, lo primero que hay que aclarar es que, como ha establecido el TS, por citar la resolución más moderna, en el auto de 8 de septiembre de 2009, la errónea valoración de la prueba no puede denunciarse por la vía de la casación, sino de la infracción procesal, a través del cauce del artículo 469.1.2 de la LEC.

Situados ya en el ámbito de este recurso extraordinario, la jurisprudencia del TS ha venido entendiendo que procede la estimación del recurso cuando:

- Cuando se incurra en error patente, ostensible o notorio —T.S. 1ª SS. 8 y 10 de noviembre de 1994, 18 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002—;
- Cuando en la apreciación realizada se presente contraria en sus conclusiones a la racionalidad media y se incumplan las más elementales directrices de la lógica —T.S. 1ª SS. de 25 de noviembre de 1991, 10 de julio de 1992, 10 de marzo 11 de octubre de 1994, 3 de abril de 1995, 9 de marzo de 1998, 24 de julio y 24 de septiembre de 2000, 18 de diciembre de 2001, 8 de febrero de 2002, 13 de diciembre de 2003 y 30 de noviembre de 2004, entre otras muchas—;
- Cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido —T.S. 1ª SS. de 20 de febrero de 1992, 28 de junio de 2001, 19 de junio y 19 de julio de 2002, 21 y 28 de febrero de 2003, 13 de junio 19 de julio y 30 de noviembre de 2004 y 29 de abril de 2005—, o
- Cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias —T.S. 1ª S. de 3 de marzo de 2004— o contrarias a las reglas de la común experiencia —T.S. 1ª SS. de 24 de diciembre de 1994 y 18 de diciembre de 2001—.

**sección de derecho
concursal**



Algunas cuestiones prácticas del Procedimiento Concursal

Alfredo Elías Mondéjar

Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga

A MODO DE INTRODUCCIÓN (ALGUNAS REFLEXIONES QUE HUBIERAN REQUERIDO MAYOR ESTUDIO)

Previo a cualquier consideración debe decirse que a partir de la Constitución de 1978 con cada nueva legislatura la profusión legislativa ha aumentado de forma progresiva, llegando a un punto en el que la misma se ha tornado no solo profusa sino confusa y difusa. La técnica legislativa que viene empleándose no puede calificarse como la más deseada. Se pretende regular todo. Se regula a golpes de opinión pública, haciendo (en ocasiones) oídos sordos a cualquier sugerencia propuesta por sectores conocedores del derecho y a los que se “oye” más por mandato legal que por deseo de superar la calidad de la norma a promulgar (y no es una opinión mía, recuérdese que ya en su momento el académico D. Camilo José de Cela ante la lectura de la Constitución de 1978 dijo que en la misma se contenían más de un centenar de errores semánticos y/o gramaticales). Esa falta de claridad o mejor, de técnica legislativa junto al deseo irrefrenable de los gobiernos de legislar indiscriminadamente arrastra a la necesidad de recurrir al dictado de continuas reformas (obsérvese, por ejemplo, las que ha venido sufriendo el Código Penal de 1995 que desde su entrada en vigor y solo en los ocho años siguientes (hasta 2003) sufrió la friolera de un total de 18 reformas: once hasta 2002 y siete en el año siguiente de 2003, compárese con las habidas en el C. Civil el cual desde su promulgación en 1.889 hasta la actualidad ha tenido 13 reformas destacables).

Frente a lo que se viene cociendo con tanto deseo de legislar, tanta profusión de normas, debe recordarse que precisamente el deseo de un gobierno coherente debería ser por el contrario legislar lo imprescindible y evitar la dispersión, debe recordarse:

1ª. El Derecho castellano tiende a extenderse al resto de territorios de la península ibérica, ello tiene su máximo exponente en los primeros años del siglo XVIII con la promulgación de los Decretos de Nueva Planta dictados por Felipe V. A través de ellos Cataluña, Mallorca y Aragón pierden sus particularidades en el ámbito del Derecho Público, toda vez que Valencia pierde su régimen jurídico. A su vez en el siglo XIX son dictadas las Leyes de 16 de agosto de 1841 y la de 21 de julio de 1876 que van a suponer el final del régimen foral de Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, aunque se vana a mantener las peculiaridades civiles de tales territorios.

2ª. La forma imperfecta de ordenaciones de materias legislativas que suponen las Recopilaciones de los siglos XV a XVIII (Ordenamiento de Montalvo, Las Leyes de Toro, Nueva Recopilación, Novísima Recopilación), encarnan los Códigos del siglo XIX.

El ideal codificador, el deseo de evitar la disgregación legislativa, se ve reafirmado por la Constitución de Cádiz de 1812, que venía a establecer en su artículo 258 que *“El Código civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”*. Ello no pudo llevarse a la práctica, como es sabido, por la concurrencia de circunstancias adversas que vinieron a retrasar el proceso codificador, así aparece la problemática de los derechos forales y junto a tal circunstancia o conflicto aparecen circunstancias socio-políticas que conllevan a la inestabilidad constitucional.

Junta al enloquecido afán de legislar aparece —quizás como necesidad— no ya la especialización de los profesionales, si no la *“super especialización”* (especialización que pasa de ser algo lógico y necesario —penalista, civilista, laboralista, etc.— a convertirse en una reducción de conocimientos en base a la citada super-especialización, de la que Marañón decía

que *“un superespecialista es alguien que sabe mucho de muy poco y que terminará por saber todo de nada”*. La visión microscópica del derecho nos lleva al olvido del conjunto, a la necesidad de la integración en el ordenamiento jurídico, y con ello a interpretaciones “personales” de la norma que no encuentran fundamento científico alguno. Ello viene al caso en relación a las pretensiones —de algunos— de una “especialidad de derecho concursal” que olvidan la realidad de la LC sobre la que cabe decir, en primer lugar, que la misma no pasa de ser una norma procesal, una ley que regula como actuar, cuando actuar y en qué circunstancias ante una situación de crisis empresarial grave, transitoria o no, cabe aplicar la norma concursal y en segundo lugar, que la actuación regulada parte de un presupuesto eminentemente económico en el que tiene destacada importancia, junto al profesional del derecho, el resto de profesionales que intervienen en el proceso, esto es, los profesionales de las ciencias económicas. Entiendo pues que no cabe entender existente como especialidad la del derecho concursal, sería como si en derecho laboral se pretendiera reconocer la existencia de la especialidad de *derecho de extinción de relaciones laborales* (que posee sus especialidades procesales dentro del derecho laboral). Todo lo expuesto tiene su razón de ser en el hecho de constatar la necesidad de englobar dentro del derecho mercantil, como una parte más de él y sometido a las reglas del derecho común, y ello por cuanto que los profesionales del derecho poseen una gran virtud y un gran defecto: tienen o tenemos la virtud de interpretar la norma conforme criterios preestablecidos y tienen o tenemos el gran defecto de interpretar las normas fuera de criterios preestablecidos, olvidando en ocasiones lo que al efecto ordena el art. 3 del c. civil.

Y ahora ya, y en relación a la LC, podemos observar como la misma no posee una técnica legislativa que pueda calificarse de modélica, no obstante y no siendo este el tema de la ponencia tan solamente referir un par de rápidos ejemplos:

A.— Si acudimos a la D. Derogatoria única de la LC podemos ver como la norma se “salta” los principios elementales para la cita de disposiciones normativas y así, la cita de las disposiciones normativas debe contener, al menos:

- a) Identificación completa de la categoría normativa de la disposición
- b) Número de orden de la norma.
- c) Si se trata de un decreto o resolución debe, además, agregarse a continuación de la identificación numérica, separado por una barra, el año de emisión del mismo, expresado en cuatro cifras.
- d) Si se trata de resoluciones debe identificarse, con la sigla correspondiente, el organismo emisor de la misma.
- e) En el caso que la norma tuviere título completo, se debe consignar el mismo.
- f) Se debe indicar la publicación oficial en la cual está contenida la disposición normativa.

Al respecto vemos como la referida D. Derogatoria única:

1.— En **ninguna** de las normas derogadas —o preceptos— que cita se indica la publicación oficial en la que está contenida, ni fecha de publicación.

2.— En la mayor parte de las normas a derogar —o preceptos— se omite su número.

3.— En ocasiones incluso se llega a citar la derogación de un artículo sin especificar más datos que el título de la ley (ni número, ni fecha, ni publicación) ello lo hace al referirse a la derogación del *apartado 10 del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores*, sin aportar, como se dijo más datos de la norma. (Hecho que repite en la D. Final 5ª que refiere como derecho supletorio a *“la Ley de Enjuiciamiento civil”*, sin más.

B.— Como segundo ejemplo cabe observar como la ley dedica el Título VI a lo que denomina "Calificación del concurso", dentro del mismo determina cuando debe declararse **culpable el concurso** por concurrir determinados presupuestos (art. 164 y 165) a la vez que indica quienes la ley considera cómplices, añadiendo quienes se pueden encontrar *afectados* por tal declaración.

En relación a lo expuesto cabe hacer algunas puntualizaciones de interés, así:

En ningún momento la ley va a definir qué entiende por concurso, su art. 1 se limita a indicar respecto de *quienes procede* la declaración de concurso y su art. 2 refiere al presupuesto objetivo de la declaración (*cuando procede*). Comienza la ley por tanto "olvidando la definición de concurso" a la que de forma colateral se refiere en la Exposición de motivos (II) al referir que el nombre elegido es el de concurso, expresión clásica, que por antonomasia describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. Con ello podemos entender que en tal exposición se encuentra implícita la definición de concurso. No obstante no debe olvidarse que la definición dada por la RAE se refiere a *Juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores*. No teniendo una definición de concurso "actualizada" por la LC vemos como la declaración de culpable del concurso fuerza a la ley a imponer la sanción de tal declaración no al autor (que no existe por cuanto que parece que tal autor debería entenderse lo es "el concurso") sino a "los afectados" y a los cómplices.

El C. de Comercio de 1829 disponía en su Artículo 1.001 que "Se considera en estado de quiebra —NO EN ESTADO DE INSOLVENCIA— a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones. Añadiendo en su Artículo 1.003 y ss lo que pudiera entenderse como una definición de las cinco clases de quiebra que contemplaba la ley en su Artículo 1002 que refiere "Se distinguen para los efectos legales cinco clases de quiebras: 1ª Suspensión de pagos; 2ª Insolvencia fortuita; 3ª Insolvencia culpable; 4ª Insolvencia fraudulenta y 5ª Alzamiento, definiciones que a modo de ejemplo citamos la referida a la primera la cual define como "Entiéndese quebrado de primera clase el comerciante que, manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos, y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercaderías o créditos para satisfacerles." Por su parte la calificación que la ley hacía venía referida a la clase de quiebra —de las cinco y con diferentes consecuencias— así disponía el Artículo 1137 que "En todo el procedimiento de quiebra se hará la calificación de la clase a que ésta corresponda en un expediente separado, que se sustanciará inactivamente con audiencia de los síndicos y del mismo quebrado.

Por su parte la LC no contempla la calificación de la clase del concurso (no existen clases) sino que procede simplemente a calificar *el concurso* como culpable, en su caso. Al respecto habrá de recordarse que la declaración de culpable supone *imputar a determinada persona una acción u omisión ilícitas por haberlas cometido de forma deliberada o con negligencia de sus deberes y que es declarada responsable civil o penalmente*. Así tenemos: se declara culpable "al concurso" pero ¿cabe imputarle acción u omisión alguna al concurso, cabe tal declaración de culpa?

En mi opinión, el concurso no debiera declararse culpable sino la insolvencia; debiera hablarse de insolvencias punibles, culpables o fraudulentas por lo que culpables serían los causantes de las mismas, no el concurso por cuanto que en puridad y recordando lo ya expuesto estaremos declarando culpable *la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común* (que es el significado de concurso como se dijo). Así, existiendo unos

autores declarados culpables la figura del cómplice resultaría más acorde. Lo que hizo la ley fue unificar en un procedimiento aquellas situaciones que anteriormente se venían regulando en muchas y variadas normas pero tal unificación ha conllevado, entre otros, los problemas expuesto.

I. LA FALTA DE CUORUM EN LA JUNTA DE ACREEDORES

Liquidación/ nueva convocatoria

Si observamos el art. 116 y ss de la LC podemos constatar como la ley prevé tanto la posibilidad de *suspensión* de la junta (117) por inasistencia de los miembros de la administración —si así lo decide el juez—, como a su vez la posibilidad de *prorrogar* las sesiones (116).

Ahora bien, ¿suspensión y prórroga deben acordarse una vez constituida la junta, una vez constatada la existencia de quórum?, ciertamente sí y ello por cuanto que una vez constatado el quórum y acordada tanto la prórroga como la suspensión la reanudación de las sesión no requeriría la comprobación, nuevamente, del quórum que solo debe efectuarse al inicio de la sesión. (el derecho de los acreedores contempla tanto el de asistencia a la junta como el de ausentarse de la misma).

El deber de asistencia contemplado en el art. 117.3 regula las consecuencias de la falta de tal asistencia pero *solo* en relación a la administración, y ello aún cuando tal obligación o deber se le impone igualmente al concursado y sin embargo nada dice en relación a las consecuencias de su inasistencia. ¿Debería suspenderse la junta? (Cabe aquí efectuar un paréntesis e indicar que si bien el precepto nada dice sobre los efectos de la inasistencia del deudor ello le va a suponer la *presunción* de culpabilidad del art. 165,2 a la hora de calificar el concurso). Como se dijo, la inasistencia de la administración puede conllevar la *suspensión* de la junta lo que supondrá a su vez la necesidad de proceder a una nueva convocatoria ya que no estamos en presencia de una prórroga.

A su vez la junta puede *prorrogarse* a través de varios días *hábiles* y *consecutivos*, (aplica la ley la doctrina de la DGRN sobre las prórrogas de las juntas de socios) ello supondrá la ficción de una sola sesión con una sola acta (art. 126,1,2) y la no necesidad de convocatorias.

No cabe dar el mismo tratamiento a la suspensión de la junta que a su prórroga, si ésta no requiere de nueva convocatoria aquella sí debería requerirla por lo que luego expondré.

Visto lo dicho y constatada la posibilidad de suspensión de la junta cabe entrar a hora al tema que nos ocupa: la falta de quórum y sus consecuencias.

Una vez apreciada la falta de quórum, un sector doctrinal se inclina por la ficción de entender que nos encontraríamos ante una negativa a la aprobación de una propuesta de convenio y le sería de aplicación lo dispuesto en el art. 143.1.2º, esto es: apertura de la fase de liquidación y ello por entender a su vez existente una falta de interés de los acreedores demostrada con su inasistencia. Personalmente me inclino por la opinión contraria que sostiene debe procederse a una nueva convocatoria. A tal conclusión se llega por las siguientes razones:

- A) En primer lugar se puede afirmar que el espíritu de la ley, su objetivo esencial es alcanzar el convenio, no la liquidación y así se desprende de la propia Exposición de motivos (VII) cuando afirma que "*la liquidación es siempre una solución subsidiaria*" lo que debe interpretarse en el sentido de dar al convenio las máximas facilidades, de potenciar su logro y entre tales posibilidades u oportunidades debe encontrarse la de

no aplicar analógicamente ningún precepto que pueda ir contra tal principio, más bien lo contrario.

- B) En segundo lugar se constata la posibilidad de la suspensión de la junta por la inasistencia de la administración, lo que sin duda se acordará solo cuando su presencia sea necesaria para el buen fin de la misma y a más para el buen fin del concurso que pretende, ante todo, alcanzar un convenio y que la liquidación se contempla como última razón.
- C) Porque cabe aplicar analógicamente no lo dispuesto en el art. 143 (liquidación) sino lo dispuesto en el art. 131 que se refiere a la convocatoria de nueva junta por infracción que afecta a la constitución de la junta o a su celebración.

Una vez acordada la suspensión (no prórroga) de la junta si nos atenemos a la dicción del art. 117.3 de la ley vemos que pudiera entenderse que acordada por el juez la referida suspensión, en el mismo acto, señala la fecha de su reanudación y ¿ello quiere decir que no se requiere nueva convocatoria, que resulta aplicable lo dispuesto para la prórroga?, entiendo que no, debe procederse a la publicación de la nueva convocatoria en la forma en que se efectuó la primera, esto es a través de los medios adecuados de publicidad establecidos por la norma y ello se desprende fácilmente de lo **dispuesto en el art. 131.3 que se remite para su celebración a lo dispuesto en el art.129,2º, el cual a su vez se va a remitir al art. 111,2 en relación a la antelación y publicidad, artículo que de nuevo nos remite a lo dispuesto en el art. 23 el cual, por fin, determina la publicidad a dar a la convocatoria.**

Si analizamos lo que acabamos de exponer nos encontramos ante una de deficiente técnica legislativa así:

El art. 131.3 indica "el juez dictará auto acordando la convocatoria de nueva junta para su celebración **conforme a lo establecido en el apartado 2 del art. 129.**"

Si acudimos al apartado 2º del art. 129 tenemos que el mismo indica que *a la nueva junta se le dará la publicidad y antelación establecida en el art. 111,2 que habrá de celebrarse dentro del mes siguiente a la fecha de la sentencia.* (Establece pues la publicidad a dar, la antelación que deberá ser la del art. 111,2, y el momento de celebración, dentro del mes siguiente a la sentencia.

Si acudimos al art. 111,2 vemos que se ordena convocar junta *conforme a lo establecido en el art. 23, fijando lugar, día y hora...* (apartado 2º con nueva redacción dada por RD Ley 3/2009) ordenando a su vez (en el antiguo segundo párrafo del apartado 2º, hoy 3er. Párrafo) que deberá convocarse para su celebración **dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto** (supuestos indicados) o **convocarse para su celebración** (para el resto de supuestos, concretamente los del art. 113,2º) **dentro del tercer mes.** Lo que supone que NO establece antelación alguna sino momento de celebración.

Por último si por fin vemos lo dispuesto en el art. 23 tenemos que el mismo se refiere exclusivamente *a la publicidad a la declaración del concurso y restantes notificaciones.*

Nos encontramos con CUATRO REMISIONES que deben conjugarse para entender qué pretendía el legislador, en consecuencia:

- a) La convocatoria para la celebración debe ajustarse —*inicialmente*— a la publicidad del art. 23 y celebrarse *dentro del mes siguiente a la del auto* (art. 129,2º).
- b) No obstante como el art. 129,2º remite para la *publicidad y antelación* a lo establecida en el art. 111,2, artículo que no habla de antelación sino de momento de celebración y con ellos nos encontramos con el hecho de que si bien en cuanto a la publicidad no

hay problema, no obstante, en relación a la celebración el art. 111,2º establece *que la junta deberá ser convocada para su celebración dentro del segundo o tercer mes en tanto que el art. 129,2º ordena su celebración dentro del mes siguiente.* (Y es que no cabe interpretar que el art. 111,2º se refiere a *plazo de antelación* y no de celebración pues caso de aceptar tal interpretación el resultado aún sería más catastrófico y así: tendríamos tres meses para convocar y a la vez una prohibición de celebración más allá del mes (art. 129,2).

La norma al haber efectuado CUATRO REMISIONES crea una contradicción en relación al momento de celebración/convocatoria de la nueva junta. En buena técnica legislativa el art. 131,3 hubiera de haber eliminado las remisiones y sencillamente decir el plazo (se celebrará...) y la publicidad a dar (que esto último sí hubiera podido ser motivo de remisión).

II. GRATUIDAD DE LA PUBLICACIÓN EN EL BOE

La DT 2ª del RD Ley 3/09 ¿puede modificar el contenido del propio RD Ley?

La publicación del RD Ley 3/2009 de reforma concursal ha supuesto una importante modificación de la LC como todos sabemos, pero no ha servido para "rectificar" aquellas deficiencias y/o errores detectados y denunciados por los profesionales del derecho, es más: en ocasiones crea nuevas dudas y su redacción muestra deficiencias en su técnica legislativa. A modo de ejemplo véase:

- a) Parte la norma de una Exposición de Motivos (que ni tan siquiera titula como tal) que no da satisfacción a lo que toda exposición de motivos debe ser, esto es: la parte no normativa que precede a un texto legal en la que se explica su contenido y se exponen las razones y fundamentos en los que se ha basado el legislador para efectuar la modificación o redactar la misma, las razones que han movido a su autor a legislar sobre una determinada materia o cambiar la normatividad ya existente sobre la misma. No es algo intrascendente, es algo a lo que viene obligado el legislador, viene obligado a justificar la necesidad de la promulgación de la norma o su reforma. Resulta tan esencial como la propia norma y orienta al profesional sobre el sentir del legislador, sobre la forma de aplicar la norma, le indica el contenido global, el significado en sí (véase como exposición motivada de extraordinario valor la E. de Motivos de la LECrim de 1.882 redactada por el entonces ministro Manuel Alonso Martínez o incluso de la de la LEC de 2000), es mas la LC dedica simplemente dos párrafos a la reforma concursal.
- b) La estructura de la norma se realiza agrupando las modificaciones por materias (Publicidad del concurso; administración concursal; reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación... etc) en lugar de mantener un orden de modificaciones acorde con la redacción del articulado de la LC, (véase como muestra de mejor técnica la LEY ORGÁNICA 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual mantiene un orden numérico en relación a las modificaciones; o Ley 15/2005 9 julio 2005 de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, pero en constatación de tal técnica legislativa como algo repetido en el tiempo podemos acudir, por ejemplo, a la Ley de 28 junio 1932 que reconoció como única forma de matrimonio el civil o a la de 24 de abril de 1958 que modificó determinados arts. del mismo c. civil, todas ellas, en suma, mantienen el orden

numérico del articulado para referir las modificaciones, lo que ha venido haciéndose de forma habitual), ello si bien parece una cuestión sin importancia ocasiona por un lado no pocas molestias al profesional que debe ir "saltando" por entre la norma para aclararse en las modificaciones, sino en la propia técnica legislativa que se complica como tendremos ocasión de ver.

- c) La cuando la reforma regula las Disposiciones Adicionales y las Transitorias, va a crear confusión y así por un lado tenemos que en la DT 2ª y ss. se contemplan los diversos momentos de entrada en vigor de la norma según el estado del concurso a la entrada en vigor a su vez del RD Ley lo que plantea la pregunta de si no hubiera sido de mejor técnica contemplar tal entrada en vigor en la Disposición final tercera que, precisamente se refiere a la entrada en vigor de la ley. A la vez la norma se refiere indistintamente a la LC y a *ella misma*, entremezclando remisiones que crean verdadera confusión en el profesional o que al menos dificultan su interpretación, por ejemplo la DT 2ª indica "el art. 6 de *este RD-ley...*" ...para posteriormente referirse la LC diciendo "las modificaciones del... art. 23 de la Ley 22/2003" añadiendo poco después que "... el régimen de publicidad previsto en el art. 6 de *este RD-ley...*". Hecho que repite en la DT 3ª al referir "el art. 7 de *este RD ley* será de aplicación..." añadiendo "...salvo en lo relativo a las letras c) d) del apartado 2º del art. 34 de la ley 22/2003..." en la DT 6ª indica "...los apartados 4, 7 a 12 del art. 10 de *este RD ley...*" Y añade: "...la modificación del párrafo segundo del apartado 1º del art. 100 de la ley 22/2003..." y (por no cansar) la DT 8ª dispone que "el art. 12 de *este RD ley...*" añade "la nueva redacción de los apartados 1 y 3 del art. 64 de la Ley 22/2003..." y tal remisión alternativa ¿por qué? Evidentemente porque no se ha seguido en la reforma el orden numérico de la LC y visto que un mismo artículo del RD ley contempla a su vez la modificación de diversos artículos de la ley, agrupados como se dijo por el tema tratado, no puede ofrecer otra forma mas racional de remisión (lo que hubiera podido ser de haberse seguido el orden, insisto).

Visto lo indicado y entrando al tema a tratar tenemos que: el art. 23,1,2 de la LC queda redactado de la siguiente forma "El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y **de forma gratuita**, en el BOE..." No obstante tal redacción la DT 2ª ordena "...las publicaciones que se remitan al BOE... tendrán **carácter gratuito siempre que así se acuerde por el juez del concurso**, por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa"

La cuestión pues es determinar si una DT puede modificar lo dispuesto en la propia norma de la que deriva. Para un sector doctrinal ello no puede ser y en consecuencia la DT 2ª no resultará de aplicación. Tal afirmación no es unánime y entiendo que la negativa a su aplicación no resulta suficientemente justificada, por un lado por cuanto que si una Disposición puede modificar el contenido de una norma extraña a ella podría modificarse a si misma, o *aclararse* o *moderarse* o, como es el caso, entenderse como norma transitoria. Las disposiciones transitorias constituyen un derecho transitorio común rector de cualquier cambio de legislación (SS 16 abril 91 y 15 mayo 96) y si el juzgador no la aplica no solo contraría la voluntad del legislador sino que se aparta del sometimiento a la ley que la Constitución le impone, y es que las DT forman parte de la ley, y puede entenderse como mala técnica legislativa, efectivamente, pero cabe preguntarse ¿por qué el legislador empleó tal "puntualización" a través de una D.T.? no cabe responder que se hubiera llegado a tal grado de "despiste" que en lugar

de introducir la referida puntualización en el articulado de la reforma, concretamente en el art. 6, visto el error se rectificara el mismo a través de la indicada D.T. Si se pretendía que tal gratuidad condicionada fuera definitiva nada le hubiera supuesto al legislador volver al articulado ya redactado, modificarlo e introducirlo allí (o acaso como se encontraba redactando las DT no podía *volver atrás*, absurdo). Lo que parece adecuado pensar es que la voluntad del legislador, claramente, en esta ocasión pretende **establecer un régimen transitorio a la aplicación de la gratuidad indiscriminada de la publicación**, quizás a la espera de resultados o de una nueva reforma en la que se contemplen otros medios de publicidad o coste de la misma. Recuérdese que estamos ante una D. Transitoria que como dijo el TS es un *derecho transitorio común rector de cualquier cambio de legislación*.

III. LA SOLICITUD PRECONCURSAL Y SUS REQUISITOS

Situación insolvencia actual ¿prueba?

Esta es otra cuestión que plantea controversias, por un sector se afirma (no sin motivos) que tal solicitud viene regulada en el art. 5, apartado 3 de la LC, según redacción dada por el citado RD ley 3/2009 (en su art. 10), y que el mismo no contempla requisito o exigencia alguno y en consecuencia no cabe ir más allá de lo dispuesto por la norma, pero ello no debería entenderse así, veamos: el referido artículo dispone que «3. *El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente*».

Partimos de cuatro cuestiones que recoge el precepto y que resultan ser los elementos esenciales concurrentes para que al deudor no quepa exigírsele el deber de solicitar la declaración de concurso, a saber:

- 1.- Que se encuentre **en estado de insolvencia actual**.
- 2.- Que **haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio**.
- 3.- Que tales hechos los ponga **en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso**
- 4.- Que tal comunicación la efectúe **dentro del plazo establecido en el apartado 1 del art. 5**.

La controversia parece centrarse en el significado de "*poner en conocimiento*", significado que para un sector supone que el instante de la solicitud "solo" tiene la obligación de comunicar tal hecho sin aportar justificante alguno de la circunstancia alegada. Ello no debería entenderse así por diversos motivos, como son:

- 1.- Indiscutiblemente debemos estar siempre, de forma prioritaria, al tenor literal del precepto para su aplicación, pero ello no supone olvidar tanto el contenido del art. 3 del c. civil como, esencialmente, el contenido del art. 11,2 de la LOPJ. Debemos integrar, en primer lugar, la nueva disposición con el sentido y espíritu de la LC (atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella, dice el c. civil) y en ella se prevé no solo la necesidad para

la declaración del concurso de *justificar* la insolvencia (art. 6 ó 7 de la LC), sino que el propio sentido o esencia de la ley se centra en la "protección" de los acreedores, el reparto, en su caso, de pérdidas, y la evitación de privilegios o de cualquier tipo de fraude hacia ellos (la E. de Motivos de la ley refiere —X— a la protección que la misma pretende dar a los a lo *interesados* sin merma de las garantías de la tutela judicial efectiva), junto a ello y sin nos ceñimos exclusivamente al tenor literal podríamos llegar al absurdo no ya de permitir una comunicación "directa" del futuro concursado sin intervención de profesional alguno y ello por cuanto que: cuando la ley refiere a que el deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de letrado, lo hace dentro del Capítulo I del Título VIII de la LC referido a la tramitación del procedimiento y la exigencia de procurador y abogado la contempla el art. 184 en relación al deudor y a sus actuaciones *dentro del mismo* o referido a cualquiera de las secciones, en tanto que la solicitud preconcursal es una *acto previo* a la declaración y no incluido dentro de sección alguna. Por tanto, y llegando al absurdo, la comunicación ¿podría limitarse a una "carta" o a la remisión de un "burofax" o de una comparecencia?

2.— ¿Debe exigirse la identificación del solicitante si dice ser persona natural o jurídica?, suponemos que sí y de exigirse tal identificación —justificación de ser quien se dice ser— qué razón prima para no exigir también la justificación del estado de insolvencia actual en el que afirma encontrarse el solicitante, y si, a su vez, exigimos tal justificación: por qué no exigir la justificación del inicio de las negociaciones. ¿Dónde ponemos freno a las justificaciones? Sí a la identificación del deudor (no ya su identidad como persona física sino como persona jurídica), y sí a su representación a través de Procurador, con lo que estamos en consecuencia exigiendo, en la situación preconcursal, el cumplimiento de requisitos propios de las circunstancias posteriores a la declaración del concurso, pero solo una parte de ellas.

3.— Por otro lado y quizás de mayor trascendencia:

- a) Qué se entiende por comunicación: la definición clásica de conocimiento resulta ser, a saber, *creencia verdadera acompañada de una justificación*; junto a ello de la crítica kantiana, la validez del conocimiento humano —conocimiento en sentido de saber— queda restringida a aquello que se puede conocer científicamente. Gramaticalmente significa: Acción y efecto de conocer. Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. Se dice en Derecho: Entender en un asunto con facultad legítima para ello. Hacer saber una información lo que es igual a poner a su disposición la misma o su contenido.
- b) Pero por encima de todo lo expuesto debe ser de aplicación, junto a lo indicado sobre la interpretación de la norma (art. 3 c. civil) lo dispuesto en el art. 11,2 de la LOPJ, esto es la evitación del abuso de derecho y del fraude de ley procesal. La solicitud preconcursal ¿puede ser un abuso de derecho o un fraude procesal? No podremos afirmar tal hecho pero tampoco podremos negarlo (en cada caso concreto) si previamente no hemos exigido justificación de la situación *alegada*, de que concurren todos los requisitos para que proceda la aceptación de tal proposición (requisitos a los que ya he aludido, contenidos en el art. 5.3, nueva redacción).

Recordemos que se denomina abuso del derecho o abuso de derecho a la situación que se produce cuando el titular de un **derecho subjetivo** actúa de modo tal que su conducta concuerda con la **norma legal** que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho.

Se dice del ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se ha conferido.

La teoría surge del conflicto de dos axiomas: *qui jure suo Utitur, Neminem laedit* (quien usa de su derecho, a nadie lesiona); y *neque malitiis indulgendum* (no hay que ser indulgente con la maldad), en los tiempos cuando imperaba el derecho romano, siendo adoptada la teoría por ese sistema, mediante los textos de Gayo y de Paulo. Posteriormente, adquiere su carácter técnico y científico, así como su aplicación práctica, en el siglo XVIII, a partir de la Revolución Francesa, cuando la jurisprudencia empezó a considerarla en el ámbito civil. *Los juristas liberales de aquella época*, y algunos actuales, estiman que la ley es la que delimita las actuaciones humanas, y por tanto, *siempre que actúen dentro de los parámetros legales, no se tiene por qué estar investigando las intenciones y menos, por los daños que se produzcan a la contraparte o a terceros*. Sin embargo, el francés Josserand, ha argumentado que *"los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley"*. Es así, entonces, que el abuso y la mala fe procesal afecta tanto a las partes, los terceros, como a la justicia, entendida desde su punto de vista espiritual.

Dentro de la definición del concepto de abuso del derecho: Claudia Torielli, considera que este término es una contradicción en sí, ya que no puede hablarse de abuso de un derecho que asiste a la persona, en virtud de que el derecho es inherente a ella; *el abuso vendría a ser del ejercicio de él, pero no del derecho en sí*.

En el Derecho español nos encontramos, entre otras, la ley 13, tit. 32 de la Partida 3a, que señala: «Maguer el ome haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere, pero debelo facer de manera que non faga daño ni tuerto a otro». La jurisprudencia, en un principio, consagró la regla romana: *Qui iure suo utitur neminem laedit*, pero cabe señalar una segunda fase, sobre todo a partir de la *Sent. 14 feb. 1944, en que, a través de una interpretación amplia del art. 1902 CC, estima que puede aplicarse la responsabilidad regulada por este precepto a los actos u omisiones realizadas en el ejercicio abusivo de los derechos*.

En resumen, si los Tribunales tienen el deber de rechazar aquellas **peticiones** (art. 11,2 LOPJ) que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, el juez de lo mercantil debe investigar si la solicitud del deudor supone tal abuso o fraude para rechazarla, si no se le aporta la documentación necesaria justificativa de la petición se estará tolerando o lo que es igual dejando abierta la puerta al fraude o abuso y ello en claro perjuicio de acreedores.

IV. VISTA DEL ART. 19 LC ¿TRÁMITE DEL PROCESO VERBAL?

Resulta demasiado frecuente que el trámite del art. 19 de la LC se acomode a los principios del procedimiento verbal, ello debe evitarse por cuanto que nada tiene que ver lo uno con lo otro, así:

Dispone el art. 18 de la LC que formulada oposición el juez citará a una vista previniendo a las partes que comparezcan con todos los medios de prueba que puedan practicarse en el acto.

A lo dicho añade el art. 19, al que titula "Vista", que... el juez oír a las partes y a sus abogados... y decidirá sobre los medios de prueba propuestos o que se propongan en ese

acto. Añadiendo que tales pruebas se practicaran de forma inmediata las que pudieran ser practicadas en ese día y en otro caso se señalará para las restantes el más breve plazo que no podrá exceder de veinte días.

De la lectura de ambos preceptos se extraen varias consecuencias: por un lado que las partes deben comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse y que puedan practicarse en el acto; en segundo lugar que *en el acto de la vista* se pronunciará el juez sobre la admisión de la prueba **propuestas** o *que se propongan en ese acto*; que el plazo para realizar la prueba admitida no puede exceder de veinte días.

Resulta obvio que las partes soliciten del juez la admisión y práctica de pruebas en sus escritos de solicitud y oposición (por mandato de los arts. 7 y 15) y resulta a su vez "curioso" que se extrañen cuando el juez no se pronuncia sobre las mismas (en ocasiones y por economía procesal se acepta su práctica antes del acto de la vista, por ejemplo para requerir se aporten documentos al acto de la vista y evitar su dilación). Precisamente lo correcto es "el silencio" la no pronunciación al respecto hasta el momento de la vista. Téngase en cuenta que la tramitación de la oposición a la declaración del concurso viene siendo asociada frecuentemente a los trámites del procedimiento verbal y en tal extremo debe recordarse que la referencia al juicio verbal se contempló en varias Enmiendas como la nº 70 presentada en el Senado o la 247 presentada en el Congreso en la que se pretendió la inclusión del siguiente párrafo "*La comparecencia se ventilará por los trámites del juicio verbal, pudiendo las partes reclamar antes de la comparecencia la citación de las personas que como peritos o declarantes deben acudir al acto del juicio*", tales Enmiendas no se admitieron y tales trámites de oposición quedaron relegados a una mera comparecencia o vista.

Por último resulta interesante efectuar una referencia al plazo de práctica de la prueba, veinte días. ¿Qué sucede si la prueba admitida no puede realizarse dentro de tal plazo? El art. 20 indica que "*practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez dentro de los tres días siguientes, dictará auto...*" Demasiado taxativo dado que pueden producirse determinadas circunstancias que impidan la realización de una prueba esencial para pronunciarse sobre la solicitud. No obstante si se incumpliera el mandato ciertamente nos encontraremos con una nulidad de actuaciones si hubiera producido indefensión. Ahora bien, entiende JOSÉ MARÍA RIFA SOLER que la razón de ser de la brevedad del plazo establecido en el art. 19 tiene como finalidad que se observe la continuidad en la práctica de la prueba de forma que quede garantizado el pleno valor del enjuiciamiento del asunto con base en la valoración de la totalidad de la prueba practicada, por ello una solución podría ser que vista la necesidad de un plazo mayor ante la prueba propuesta por alguna de las partes, la vista se limite a la audiencia de las partes y a la proposición de la prueba, suspendiendo en ese momento la vista y señalando fecha para la celebración en unidad de acto de toda la prueba propuesta. Pero tal interpretación o posibilidad choca frontalmente con la dicción del art. 19,4 que ordena que el juez **acordará la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día**, tal forma verbal "acordará" junto al adjetivo inmediato/a cuyo significado resulta ser *que sucede enseguida* lo que es igual a haber empleado el adverbio inmediatamente cuyo significado resulta ser similar, esto es: *con la mayor rapidez*, no permite aceptar la propuesta indicada por cuanto que la misma supondría una interpretación *contra lege*.

Taller Tribunal de arbitraje y mediación (TAM)



Principales defectos del arbitraje interno en España

Ramón Pelayo Jiménez
Abogado
Abogado del Estado en excedencia

I. PRINCIPALES DEFECTOS DEL ARBITRAJE INTERNO EN ESPAÑA

Los principales defectos del arbitraje interno en España, a la luz de las experiencias vistas, entiendo que son los siguientes:

1º.- Falta de garantías sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros. El hecho de que los árbitros seamos abogados que “estamos en el mercado”; la escasa asunción —y la poca costumbre— a ser imparciales y la nefasta previsión legal de que parte del Tribunal arbitral pueda ser designado por los contendientes (provocando que dos de los tres árbitros sean, a la postre, en la mayoría de los casos, abogados de las pretensiones de parte) provoca que, en este extremo, el arbitraje esté muy por debajo de la vía jurisdiccional.

2º.- Sensación de impunidad en los árbitros. El hecho de que la ley, la doctrina y la jurisprudencia traten con carácter “*extraordinariamente restrictivo*” la **responsabilidad de los árbitros**, crea en los mismos una “*sensación de impunidad*” que en nada favorece a su objetividad, independencia e imparcialidad. Además, debería regularse, con claridad, el “*contrato de obra*” que existe entre las partes y los árbitros de tal manera que éstos están obligados a emitir una resolución “*válida*” sobre la controversia. Si emiten una resolución “*nula*” habrían incumplido el contrato y, consecuentemente, no sólo estarían obligados a la devolución de los honorarios y gastos de las partes sino a los daños y perjuicios que dicha “*nulidad*” les hubiera provocado (por ejemplo, los honorarios de los letrados en el recurso de anulación)¹, con independencia de que exista o no responsabilidad.

3º.- Duración del arbitraje. Una de las ventajas que el procedimiento arbitral tenía sobre el ámbito jurisdiccional era la celeridad en la resolución del conflicto. Sin embargo, el hecho de que el art. 37.2 de la nueva ley fije una duración de 6 meses “*desde la fecha de la presentación de la contestación a la demanda*” y no desde el “*inicio del arbitraje*” (plazo que incluso puede ser prorrogado por los árbitros por 2 meses más) provoca que la duración del procedimiento sea, en muchos casos, *indeterminada*. Por poner un ejemplo, en el arbitraje de equidad mencionado, desde que la parte actora instó el arbitraje hasta que el árbitro fue designado y aceptó el encargo, transcurrieron **15 meses** y, a la postre, desde el inicio del arbitraje hasta que se emitió el laudo declarando la falta de competencia objetiva del árbitro, transcurrieron **dos años y medio**.

4º.- Finalmente, existe una gran desconfianza hacia a la solución arbitral por el hecho de que el laudo —salvo por cuestiones formales o constitucionales— no pueda ser objeto de revisión, ni siquiera *aunque contenga las más disparatadas argumentaciones jurídicas* o las más injustas decisiones. Si a esto añadimos la inaplicabilidad de las más elementales garantías constitucionales (art. 24 CE) al laudo (STC 17-1-2005), se comprende la reticencia que esta institución provoca en algunos sectores.

II. POSIBLES SOLUCIONES PARA DINAMIZAR EL ARBITRAJE

Los anteriores problemas, sin embargo, pueden ser, al menos parcialmente solucionados si existiera (que lo dudo) voluntad política para potenciar esta vía de solución de conflictos.

En mi opinión, las medidas que deberían tomarse son las siguientes:

1º.- Potenciación del “arbitraje institucional” frente al peligroso arbitraje “*ad hoc*”. Solamente entidades o corporaciones serias, reconocidas, con arraigo social y con un correcto sistema de selección y atribución objetiva de los asuntos, pueden facilitar la potenciación del arbitraje en España.

2º.- Supresión del arbitraje de equidad que, en mi opinión, es absolutamente “*inequitativo*” porque, en la mayor parte de los casos, es profundamente “*anti-jurídico*”; provoca no pocos abusos y crea una enorme inseguridad jurídica. Si se quiere facilitar una salida a las controversias técnicas, las partes pueden someterse a la *intervención dirimente* de un tercero experto en la materia, a través de un informe; pero, naturalmente, su decisión no puede producir “*eficacia de cosa juzgada*” sino que podrá ser rebatida, aunque tenga fuerza indudable, ante los tribunales de justicia.

En mi opinión “*no hay equidad fuera del Derecho*”.

Los arbitrajes de equidad tienden a soluciones salomónicas; vulneraciones procesales importantes; desconocimiento de principios jurídicos básicos, que son los pilares de cualquier decisión justa y equitativa; abusos económicos; etc.

3º.- Las instituciones arbitrales deben establecer un sistema exigente y justo de selección de los árbitros así como un procedimiento objetivo, que evite toda suspicacia, para la **distribución de los arbitrajes**, fijando, además, unas retribuciones razonables y no abusivas.

4º.- Debe potenciarse, al máximo, los arbitrajes especiales (*seguros, transporte, consumo, energía, propiedad intelectual, etc.*), evitando que accedan a la jurisdicción o al arbitraje institucional reclamaciones “*en masa*” de cuantías mínimas que deben ser resueltas a través de estas vías.

5º.- Debe suprimirse la posibilidad de que las partes nombren árbitros. Para la defensa de las pretensiones de las partes estamos los abogados. La opción de elegir uno o tres árbitros debe depender, a mi modo de ver, de la complejidad o simplicidad de la controversia planteada.

6º.- Debe modificarse los mencionados preceptos de la Ley de Arbitraje en relación con la duración del procedimiento, manteniendo el anterior criterio de *duración máxima de 6 meses, desde el inicio del procedimiento*, sin posibilidad de prórroga por decisión de los árbitros.

7º.- Debe regularse las consecuencias de la emisión de un laudo nulo y, consecuentemente, la “*no ejecución de la obra*” por parte de los árbitros, ya que no tiene sentido que las partes acudan a un arbitraje para solucionar su conflicto; éste no sea solucionado y, además, tengan que abonar los gastos de arbitraje, los honorarios y los costes de la consiguiente demanda de anulación.

8º.- Debe incluirse, como causa de anulación, la vulneración del “orden público material”, es decir, los principios o fundamentos básicos en los que se sustentan las principales instituciones jurídicas de tal forma que en los casos de **vulneraciones jurídicas flagrantes y graves** por parte del laudo, el órgano competente para conocer del procedimiento de anulación pueda entrar a analizar si este “*orden público*” ha sido o no vulnerado.

9º.- Finalmente, una vez prestigiada la institución arbitral, debe extenderse, por ley, al ámbito administrativo, en concreto a aquellas áreas de contenido marcadamente contractual o donde el interés general sea menos intenso (*contratos administrativos; justiprecios expropiatorios; etc.*), aligerando la insoportable carga existente en esa jurisdicción.

¹ Ver artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal nº... de

El porqué y el para qué del arbitraje

Nielson Sánchez Stewart
Abogado
Presidente del Tribunal Arbitral de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

Una de las realizaciones de las que me siento más orgulloso de mi breve período de Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga es la creación de la Fundación del Tribunal Arbitral de Málaga —TAM por sus siglas— una de cuyas funciones es fomentar la cultura del arbitraje en la Abogacía. Por eso, pido anticipadamente disculpas por el entusiasmo que despliego cuando trato de estos temas en los que, a lo mejor, pierdo la objetividad.

El arbitraje es una de esas joyas de familia que todos sabemos que la tenemos pero nunca encontramos la oportunidad de lucirla porque en algunos casos nos parece presuntuoso y, en otros, inadecuada para la ocasión.

Sostengo que la Abogacía tiene una oportunidad magnífica —ahora que se buscan desesperadamente soluciones alternativas a vía judicial porque se aprecia su irreparable deterioro— para fomentar y utilizar el arbitraje.

II. LA MEDIACIÓN Y SU INCONVENIENTE TRATAMIENTO

Hoy vemos un extraordinario impulso, desde todos los sectores incluido el de los Jueces, de una figura tan antigua como respetable: la mediación. Parece, cuando se escucha a alguno de sus favorecedores, que se hubiera descubierto ayer. La mediación está siendo impulsada y alentada por intereses particulares de profesionales que buscan una salida laboral a esta actividad. Psicólogos, trabajadores sociales que no tienen muy definido su campo y adolecen de una crónica fálencia de trabajo, buscan legítimamente copar un campo a través de esta figura que les parece nueva. Yo he venido denunciando el peligro que significaba para la Abogacía la creación de una nueva profesión, peligro que ya se ha consumado y si no lo creéis, examinad la Ley andaluza que crea un registro de mediadores y penaliza a quien se dedica profesionalmente a mediar sin estar inscrito en ese rol. No tengo nada en contra de la mediación, muy por el contrario. Mi resistencia se debe a que es una función que desde siempre ha sido propia de la Abogacía: el buscar la concordia entre los que contienden. Prueba de ello no es sólo que está previsto en el Estatuto General de la Abogacía Española sino en el significado natural de las palabras según su uso habitual. Si se examina el diccionario de la Real Academia Española se apreciará que la segunda acepción de Abogado, después, evidentemente, de licenciado en derecho que se ocupa profesionalmente de la defensa y el asesoramiento jurídico, es precisamente mediador, medianero, según las antiguas ediciones del diccionario.

Con el arbitraje, si no nos andamos con cuidado experimentará la Abogacía otra amputación de su campo competencial. Ya se están creando asociaciones de arbitraje donde los árbitros son Catedráticos de Universidad, Notarios jubilados y otros juristas.

III. EL ABOGADO DE PARTE Y COMO ÁRBITRO

Me ha llamado siempre la atención la reacción del Abogado frente al arbitraje. Cuando a un Letrado se le habla de arbitraje piensa inmediatamente en ser árbitro: “una actividad muy digna y lucrativa” según dice Don Antonio Pérez de la Cruz Blanco, nuestro paisano, en el libro que ha publicado recientemente y que lleva por título un pleonismo: “Abogado en ejercicio”. Le parece a nuestro Catedrático que el arbitraje va adquiriendo relevancia pero que está toda-

vía muy alejada de la difusión que ha alcanzado en otras latitudes y se circunscribe al mundo de los negocios. Pero el Abogado no piensa cuando se le toca el tema del arbitraje en someter la cuestión de su cliente a la decisión de un árbitro. No sabemos si es causa o efecto pero descubrimos un fenómeno que nos pareció extraño cuando al mismo tiempo creábamos esta fundación y revisábamos los baremos de honorarios de nuestro Colegio. Detectamos que no sólo en los antiguos baremos que estábamos modificando sino en todos los aprobados por los Colegios de Abogados que consultamos, y no fueron pocos, que se preveía en ellos que mientras el Abogado-árbitro tenía unos honorarios orientadores muy generosos, los Abogados de las partes que ante él contendían veían reducidos, inexplicablemente, su estipendio en comparación con lo que devengarían si el litigio se hubiese sometido al conocimiento de los Tribunales ordinarios. No hay duda que el árbitro debe tener una retribución digna y acorde con su esfuerzo y su responsabilidad pero tampoco hay razón para que su actividad deba transformarse —según el libro de Antonio— en una actividad lucrativa. Debe considerarse que su función se circunscribe a oír a las pretensiones de las partes, recibir las pruebas y laudar sin la forzosa y dolorosa misión de mantener contacto con los clientes, muchas veces la más compleja y desagradable de las labores del Abogado. Goza, a diferencia del Letrado de la parte, de inamovilidad ya que, salvo recusación, está a salvo de las veleidades de los clientes. Tampoco debe esforzarse en buscar al cliente. Por otro lado, no se ve la razón por la cual un compañero debe ver reducido su honorario cuando el que resuelve es un árbitro y no un Juez de carrera. El esfuerzo que realiza es el mismo. Tuvimos oportunidad, afortunadamente, de corregir esa, a nuestro juicio, anomalía y en nuestro colegio por lo menos —quizá es el único— el procedimiento arbitral devenga honorarios al mismo nivel que en el procedimiento ordinario. Si bien, con la transposición de la directiva de servicios —Directiva Bolkenstein— desaparecerán los baremos orientadores, se mantendrá la posibilidad de fijar criterios para la tasación de costas.

IV. LAS PARADOJAS DEL ARBITRAJE. EL TRATO

Esa desconfianza del Abogado hacia el arbitraje es paradójica cuando sometiéndose a él experimenta que sin perderse el rigor del procedimiento se alivia ese mal trato del que con tanta razón nos quejamos los Letrados y que nos deparan muchos titulares y funcionarios de Juzgados y Tribunales. Sin perder un ápice de su profesionalidad, sin dejar margen alguno al compadreo o a la familiaridad, la relación entre árbitros y Abogados de partes es, ni más ni menos, el que debería existir entre Jueces, Fiscales y Abogados: el de colaboradores en el sentido de lo que colaboran esto es, los que trabajan juntos.

V. SEGUNDA PARADOJA. EL COSTO

Otra de las, me gusta denominar las bestias negras del arbitraje, es la creencia de que el arbitraje sólo tiene sentido en los grandes pleitos en las controversias en las que se barajan millones o se dilucidan asuntos con matices multinacionales y de grandes empresas y que, por eso, están reservados a los grandes bufetes o a los Abogados de renombre y alcurmia. No puede negarse que esto ha sido así y sigue siéndolo y que esa percepción corresponde en alguna medida a la realidad. Pero no debe ser así y a nosotros los Abogados de a pie

nos corresponde cambiar esa idea entre nuestros compañeros y entre los justiciables. En un mundo de libre competencia como el que hoy nos rige, el precio del arbitraje dependerá de dónde y ante quién se someta el conflicto. Debemos dar a conocer que el arbitraje no es necesariamente caro y por eso, con la generosidad de muchos compañeros que se prestan para ser árbitros, el Tribunal Arbitral de Málaga ha podido establecer unas tarifas razonables y que además son perfectamente previsibles. Tan previsibles que se publican previamente en la página web del Tribunal y no están sujetas a contingencias de ninguna clase por muchos que se complique el procedimiento, salvo, claro está, que se modifique la cuantía del asunto a lo largo de su desarrollo.

Con ese objeto también, se fomenta el arbitraje unipersonal, salvo que las partes soliciten fundamentadamente la formación de un colegio arbitral o que la complejidad o novedad del asunto lo hagan aconsejable al Patronato. La mayor parte de los asuntos que se someten a lo Juzgados y Tribunales se resuelven por un solo Juez —o por un ponente— y no hay motivo para creer inferior calidad al árbitro que al Juez.

Aún cuando hay que pagar al árbitro a diferencia del Juez que ya está pagado por el Estado no es más caro el arbitraje que el procedimiento ordinario. Se han repartido unos cuadros en los que se ha hecho una doble comparación con dos procedimientos uno cuya cuantía es de 45.000 € y otro con una cuantía de 180.000 €. Se aprecia que, a pesar de que hay que abonar los derechos de la institución que administra el arbitraje, el ahorro de los derechos del Procurador, de los costos inherentes a la segunda instancia —honorarios de Abogado y derechos de Procurador— hacen que los costos del arbitraje sean más asequibles. Esta comparación es aún más favorable al arbitraje si se computan las tasas judiciales que algunos justiciables deben abonar y si se toma en consideración el costo financiero que se ahorra cuando se resuelve el asunto en breve plazo y no a lo largo de los años que dura un procedimiento.

VI. TERCERA PARADOJA. EL PLAZO

Otra de las paradojas que se produce al no utilizar con frecuencia y entusiasmo el arbitraje es lo que dice relación a la duración de los procedimientos. Nos quejamos y con razón, del tiempo que tardan los juicios en resolverse. Hemos comprobado con desazón que los buenos propósitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se han frustrado por la tardanza que se experimenta en los señalamientos. Hay Juzgados en ésta provincia que están señalando audiencias previas y vistas para el año 2011 y hasta me dicen que para el año siguiente. Añadir a esto el tiempo que se tarda en pronunciarse las sentencias, lo que demora la segunda instancia y ya no digamos en la posible casación. La solución definitiva en un asunto puede tardar un lustro. Esto, comparado, con los seis meses del arbitraje.

Hay que reconocer que el retraso de la administración de justicia no se debe solamente a la falta de medios como se dice ni a la desidia de algunos órganos judiciales como se achaca. Se debe también al propósito de una de las partes que viéndose desasistida de razón pretende que la justicia tarde lo más posible en decantarse en favor de su contrario. A esa parte, que empleará todas las artimañas legales a su alcance para retrasar un pronunciamiento definitivo, no le interesa el arbitraje que en medio año tendrá resuelta su controversia. De ahí la importancia de establecer las cláusulas arbitrales en los acuerdos y contratos que son más adelante la base del conflicto Nada cuesta someter el asunto a arbitraje cuando la posición de las partes y su deseo de cumplir debe presumir por mor de la general presunción de buena fe.

Así se evita que el deudor que no quiere o que no puede pagar aproveche la lenta marcha de la justicia en su beneficio. Es el arbitraje preventivo.

VII. LA EJECUCIÓN

Otra de las carencias que se achaca al arbitraje es que hay que pasar en todo caso por la jurisdicción ordinaria para la ejecución del laudo. Algo hay de verdad en esto pero de ninguna manera representa esta circunstancia un valladar infranqueable, ni siquiera un inconveniente. En primer lugar, muchas decisiones judiciales —las de carácter meramente declarativo— no precisan de ejecución. Por otra parte, las recientes modificaciones legales han venido a resolver definitivamente esta situación porque hoy, como es sabido, la ejecución no es un incidente en el juicio principal sino un procedimiento aparte y, en teoría, es lo mismo instar la ejecución de una sentencia judicial que de un laudo arbitral.

VIII. LOS PEROS

Hay que reconocer que el arbitraje no es una panacea universal. Mientras otras instituciones están fomentando y vendiendo la utilización del arbitraje para los procedimientos locativos, yo sostengo que aquéllos en lo que se pretenda la ejecución mas que la declaración o la constitución —el desahucio por falta de pago es el ejemplo típico— es más conveniente recurrir a la jurisdicción ordinaria. Pero, con sinceridad, o conozco otros casos en los que deba evitarse el arbitraje.

IX. POR ÚLTIMO, UNA ACLARACIÓN

Para los mal pensados, es necesaria una aclaración. Los que desempeñamos los cargos en el patronato de la Fundación lo hacemos gratis *et amore*, por amor al arte: no percibimos ninguna remuneración. Y, por otro lado, sufrimos una importante limitación: no podemos ser árbitros mientras desarrollemos nuestras funciones.

Análisis de las principales causas por las
que existe una tendencia a rechazar o a
ignorar el arbitraje

Julio García Ramírez

Abogado

Graduado en estrategia de oratoria y comunicación por la Universidad del Estado de
Nueva York

Algunas de las principales causas, por las que se tiende a no pensar en el arbitraje como opción perfectamente válida, de cara a solucionar, o cuanto menos, encauzar los conflictos evitando el proceso judicial, radican en no publicitarlo, teniendo en cuenta los verdaderos deseos e inquietudes de los "actores protagonistas del proceso": árbitros, abogados, y clientes. La presente ponencia tiene como objetivo facilitar consejos, para que, sobre todo, los abogados y sus clientes, conozcan las principales ventajas de un arbitraje y, si así lo desean, puedan someterse con los menores recelos posibles y con las mayores garantías al cumplimiento del laudo de forma voluntaria.

I. EL PROBLEMA DE PUBLICITAR BIEN LA OPCIÓN DEL ARBITRAJE

La mayoría de los productos y servicios que se ofrecen a los consumidores en cualquier parte del mundo, se encuentran dentro del objetivo de los publicistas para poder llegar a venderlos lo máximo posible.

No hay diferencia entre vender un servicio jurídico tipo "legálitas" y cualquier otro producto como la "coca cola". Me explicaré: en ambos casos, el publicista incidirá en un deseo generalmente insatisfecho o en una necesidad, que se sabe suele tener la mayoría de las personas, previo estudio realizado al efecto, y a continuación, facilitará la solución ofreciendo como respuesta a dicho deseo o necesidad, el producto o servicio ofertado.

- "Hace unos días me llegó un acta de la comunidad y no estoy de acuerdo. ¿Que puedo hacer?"...la solución, una llamada a... y un abogado se pondrá al teléfono para darle dicha solución y poder ayudarle.
- "Cuando estás cansado o deprimido lo mejor es tomar un trago de... la chispa de la vida".

Así funciona la publicidad. Y con respecto al servicio de facilitar un arbitraje para dirimir un asunto conflictivo entre partes: ¿qué tipo de publicidad es la que se ha realizado hasta ahora? ¿Ha conseguido centrar el objeto de sus servicios en la satisfacción de las necesidades, miedos e inquietudes de las partes en un conflicto? ¿Ha conseguido convencer a los abogados de que varíen, ante un "cruce de caminos", su decisión de acudir a un juzgado, cuando la flecha del camino, que conduce al arbitraje también puede llevarles a la dirección correcta, en menos tiempo, menos coste y con, posiblemente, más satisfacción para las partes implicadas a medio o largo plazo?

La respuesta a las anteriores preguntas es un no rotundo. Y los datos de las personas físicas y entidades que han acudido a un proceso de arbitraje, son absolutamente minoritarios, en comparación con los procesos judiciales instados al efecto para dirimir un conflicto.

A continuación, expondré, bajo mi entender, una las principales causas: los abogados, en general, hemos despreciado las habilidades empresariales de marketing y publicidad que han permitido a miles de empresas destacar y avanzar en el duro ejercicio de competir por la atención y preferencia de los consumidores.

Y nada mejor, que acudir a algunos de los mejores consejos especificados en: "El libro rojo de la publicidad" de Luis Bassat, considerado el mejor publicista español del siglo XX por todos los foros especializados, para que podamos aprender técnicas para publicitar mejor un servicio como el arbitraje, desconocido, y con una eficacia demostrada, avalada por un cumplimiento voluntario de más del 80% de los laudos dictados.

Por lo tanto, una publicidad que potencie el uso del arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos entre partes, para que los propios clientes y los abogados, valoren y establezcan su inclusión en los contratos que se realicen, debería de tener en cuenta:

- a) *La identificación y, seguidamente, especificación de las necesidades e inquietudes que afectan a la mayoría de las personas*, ante el temor a un incumplimiento de un contrato.
- b) *Tener la capacidad para que la publicidad realizada capte la atención de los potenciales clientes*, para que, a la hora de pedir la realización de un contrato, sugieran la posibilidad de incorporar cláusulas de arbitraje.
- c) *Generar una confianza*, la cual no se basa en impactos puntuales. sino en una publicidad gradual, que facilite una información veraz de las ventajas de establecer la cláusula de arbitraje en los contratos.

A tenor de lo anteriormente especificado, la anterior labor, se debería realizar en dos ámbitos de actuación: una, es la de un conocimiento por parte de la sociedad de las ventajas que tiene el arbitraje, y la otra, convencer a los propios abogados, de que puede ser positivo, el estudio de la viabilidad de establecer la cláusula de arbitraje en caso de incumplimiento del contrato.

II. LA TEORÍA DEL INTERÉS: EN QUÉ MEDIDA A UN ABOGADO LE INTERESA POTENCIAR EL ARBITRAJE

Existe una norma en comunicación, que toda persona debería de asumir cuanto antes y, que es de aplicación al presente estudio al cien por cien: cuando dos personas están hablando, a la gente sólo le interesa, por regla general sus propiedades, sus expectativas, sus temores, sus necesidades y solamente escuchará a su interlocutor por respeto y cariño, que no es poco.

¿Exagero? En absoluto. En cuántas ocasiones, una persona comenta algo como "el otro día operaron a mi padre" y enseguida la otra persona no le deja ni terminar y le comenta "pues al mío hace tres meses que..." O, si se nos ha estropeado el coche y le estamos contando a alguien lo que nos está pasando, a los pocos segundos nos estará diciendo lo que le ha pasado al suyo.

Por lo tanto, y siguiendo dicha norma no escrita, a los abogados: ¿en qué medida nos *interesa* aconsejar el arbitraje a nuestros clientes? ¿Qué ganamos con ello? ¿Una mayor justicia? No, seré claro, no me refiero a conceptos que suenan muy bien, pero que no se concretan en un beneficio para los abogados, estoy centrando el tema en uno de los aspectos más determinantes a la hora de aconsejar el arbitraje: el beneficio que obtenemos los abogados con su inclusión y aceptación de sus normas.

Quiero especificar que cuando hablo de beneficio para nosotros, los abogados, incluyo, por supuesto, la satisfacción que nos produce el encauzar un conflicto de la manera que más beneficie a nuestros clientes, ya que la satisfacción de un buen trabajo realizado, "alimenta" nuestro ego profesional, además de generar un mayor prestigio y confianza en potenciales clientes.

A los abogados, de cara a realizar un buen trabajo, ayudando a solucionar los problemas de los clientes y siguiendo uno de los mejores artículos publicados sobre el arbitraje de Don

Rafael Hinojosa Segovia, en la Revista Economista & Jurist nº 122, nos puede interesar el arbitraje con preferencia al proceso judicial por los siguientes motivos:

- *La celeridad*: aspecto muy importante, sobre todo en el tráfico comercial, la LA, establece un plazo de seis meses, computados desde la fecha de presentación de la contestación a la que se refiere el artículo 29 de la LA o de expiración del plazo para presentarla, plazo que salvo pacto en contrario de las partes, podrá ser prorrogado por los árbitros por un plazo no superior a los dos meses, mediante decisión motivada.

En cambio, en un proceso judicial y según datos de la estadística judicial del año 206, la duración media de un asunto que pueda llegar al Tribunal Supremos esta en los 44,1 meses de media.

En el fondo, nos interesa la celeridad, porque un proceso que se alargue demasiado, provoca, que al final, el cliente termine por responsabilizarnos del retraso judicial. Por tanto, un proceso rápido, siempre elimina o atenúa dicha crítica.

- *La confidencialidad*: la cual puede ser muy importante en caso de determinadas controversias como patentes o informaciones corporativas sensibles que no interesan "airearlas".
- *La especialización*. El arbitraje admite la elección de árbitros expertos en determinados supuestos. A veces cuando comparamos la calidad jurídica de laudo con una sentencia, nos felicitamos por haber elegido dicha opción... siendo muy sutil en el comentario.
- *El mantenimiento de las relaciones comerciales*. Este es el principal motivo por el que en países como Inglaterra, el arbitraje sea el cauce elegido para dirimir más del 30% de los problemas jurídicos comerciales.
- *El antiformalismo*. La LA, establece la libertad de forma respetando únicamente los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Y sobre todo para los compañeros con menos experiencia procesal, el arbitraje es una perfecta opción, para evitar que una acción perfectamente viable en el fondo, no pueda ser destinada por la forma ante algún incumplimiento procesal de carácter preceptivo. No obstante, los árbitros tienen mayor poder en materia probatoria que los jueces, pues tienen iniciativa probatoria, lo que está muy limitado en el caso de los jueces.
- *El carácter tasado de los motivos de impugnación*. Lo que impide una dilación del proceso que, a la larga, perjudicará a la parte perdedora y la opción que tenga ésta, sobre su abogado.

III. QUÉ OPINIÓN SUELE TENER LA CIUDADANÍA Y LOS CLIENTES SOBRE EL ARBITRAJE

Con respecto a la ciudadanía, existe un gran desconocimiento, tanto de las ventajas que conlleva su uso, como del procedimiento en el caso de que quisieran tenerlo en cuenta para la solución, o atenuación, de los conflictos a la hora de firmar un contrato.

Pero hay dos excepciones a este panorama general. Las pocas empresas que conocen y establecen este mecanismo en sus contratos, y el arbitraje de consumo, a través, sobre todo, de las Juntas Arbitrales de consumo, si bien es cierto, que no pueden ser objeto de dicho arbitraje los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan

indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivados de ellos.

Es destacable, que el nuevo sistema arbitral de consumo, establezca la posibilidad de resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos originados cuando, por la misma causa, una empresa o profesional haya podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores o usuarios y afecte a un número determinado o determinable de estos.

Pero, la realidad es que en España, existe un claro desconocimiento del sistema de arbitraje, ya sea a través de los mecanismos establecidos con carácter general, para solucionar problemas con los consumidores, como las Juntas Arbitrales de Consumo, como el establecimiento de las cláusulas de arbitraje en los contratos firmados.

Y desde luego, de lo que estoy totalmente convencido, es que muchos de los ciudadanos, que van a un arbitraje, lo hacen sin el asesoramiento de un abogado, y es un claro error, ya que el árbitro necesita para su labor que los partes faciliten los medios de prueba necesarios y es ahí donde nuestro asesoramiento es primordial.

Con respecto a nuestros clientes, a aquellos que se van a someter a un proceso de arbitraje, es muy importante que seamos nosotros mismos los que, por lo menos a priori, demos un voto de confianza al trabajo de árbitro. Y en este punto, es importante resaltar que habrá clientes que tenderán a desconfiar de la parcialidad del árbitro, ya que es evidente, que desde su visión de personas no profesionales del derecho, la figura del árbitro, puede generar dudas de la parcialidad a tenor de la posibilidad de conocer a alguna de las partes y poder estar contaminado su laudo por ello.

Si confiamos en el sistema de arbitraje y estamos convencidos de su eficacia, entiendo que deberíamos, con carácter previo al laudo, de transmitírselo de la misma forma a nuestros clientes y, por ello, aconsejarse a sus posibles objeciones. La mejor forma de hacerlo es reconociendo y no negando los sentimientos de duda que les generaría el arbitraje, para después presentar las ventajas que un buen árbitro, defendiendo su prestigio y su laudo, como resultado de su experiencia y conocimientos sobre la materia, podría generarles en sus expectativas personales o patrimoniales.

IV. EL RETRASO JUDICIAL COMO ELECCIÓN FRENTE A LA MAYOR RAPIDEZ DEL ARBITRAJE: EL EFECTO "BOOMERANG"

A continuación, pasaré a analizar una de las principales razones por las que un cliente, y por ende, su abogado en el caso de que siga su mandato, se opondrían en un proceso judicial, a pesar de que las posibilidades de ganar son muy escasas: dilatar todo lo que puedan la decisión judicial y su posterior ejecución.

Dilatar una más que posible sentencia de condena, salvo excepciones, es una estrategia procesal que conlleva a tener que cargar con un coste personal y económico en caso de sentencia desfavorable importante a medio o largo plazo.

El arbitraje implica una celeridad en la solución del conflicto evidente y los abogados deberíamos de saber, que existe un efecto que yo llamo "boomerang" y, que no es otro que determinada estrategia elegida, si bien es cierto, que por un tiempo puede parecer correcta, a medio o largo plazo, sus efectos adversos pueden volverse hacia nuestro cliente y hacia nosotros con mucha más fuerza y afectarnos mucho más de lo que pensamos.

¿Qué ganamos los abogados con dilatar un proceso con escasas posibilidades de éxito? Nada. Así de simple. Además de que ética y deontológicamente, es una estrategia que deja mucho que desear, lo cierto es que el cliente, a pesar de que en un principio se le pueda haber dicho que la acción tiene escasas posibilidades de que le salga favorable, en el fondo, confía en nuestra capacidad y alberga esperanzas de que "saquemos" de la chistera una estrategia ganadora y en el caso de perder definitivamente, nos hará siempre algo, o muy responsables.

¿Qué gana el cliente dilatando el proceso con escasas posibilidades de éxito? Si es solvente, a corto plazo tesorería. A medio, o largo plazo, pagar unos costes muchísimos mayores que le pesarán como una losa, ya que el tiempo hace que la "posición de ego" que le hizo oponerse reiteradamente por las malas relaciones personales o profesionales con la otra parte se desinfla y, que al final del proceso, solamente se tenga en cuenta el resultado económico de la operación.

Insisto: si al final de un conflicto, intuimos con cierta seguridad, que se va a llegar a la misma solución, la celeridad, como principal ventaja del arbitraje, es generalmente buena para todas las partes implicadas. La parte vencedora, podrá resarcirse en un tiempo mucho más inferior que al final de un proceso judicial con todos los recursos posibles, y la parte perdedora, no incurrirá en mayores costes.

novedades jurisprudenciales



documentos seleccionados

1. UNION DE HECHO. Concepto. PREMIO DE LOTERIA: sólo sería común si se prueba la existencia de una comunidad de bienes.CASACION: Función: no es revisar la cuestión fáctica, ni hacer supuesto de la cuestión *(Tol 1781437)*
2. Causa Especial contra aforado (Presidente autonómico). Archivo de querrela por prevaricación. Tráfico de influencias. Deslinde administrativo-penal. Faltan elementos típicos *(Tol 1779148)*
3. Responsabilidad patrimonial. Funcionamiento anormal. Dilaciones indebidas y error en la refundición de condenas *(Tol 1768571)*

1. **UNION DE HECHO.** Concepto. PREMIO DE LOTERIA: sólo sería común si se prueba la existencia de una comunidad de bienes. CASACION: Función: no es revisar la cuestión fáctica, ni hacer supuesto de la cuestión.

■ **Fecha: 04/02/2010 - Jurisdicción: Civil - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia- Sala: Primera - Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.** (Tol 1781437)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador D. Carlos Piñeira de Campos, en nombre y representación de Dª Edurne; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de D. Eloy.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-1.-La Procuradora Dª Mª Teresa Ripoll Moncho, en nombre y representación de Dª Edurne, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Eloy y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare el derecho de Dª Edurne sobre el cincuenta por ciento del premio total, cuya cuantía total era de setecientos noventa y un millón seiscientos noventa y siete mil novecientos sesenta y una pesetas (791.697.961 pts.) equivalente a 4.758.200 Euros, y se condene al demandado a entregar la mitad de dicha suma a la actora, la suma de dos millones trescientos setenta y nueve mil cien euros (2.379.100 euros), así como los intereses y frutos devengados de dicho capital y con expresa imposición de las costas a los demandados si se opusieran a la presente petición.

2.-El Procurador D. Pedro Montes Torregrosa, en nombre y representación de D. Eloy, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que

consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario y se absuelva a mi representado de los pedimentos solicitados en la misma y con expresa condena en costas a la parte actora.

3.-Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante, dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la demanda deducida por la Procuradora Sra. Ripoll Moncho en nombre y representación de Edurne contra Eloy, declaro el derecho de la demandante sobre el 50% del premio de lotería obtenido por ambos, cuya cuantía total fue de 791.697.961.-Pts equivalente a 4.758.200 Euros, y es por ello que, debo condenar al demandado a abonar a la parte actora el importe de DOS MILLO- NES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CIEN EUROS (2.379.100), así como los intereses y frutos devengados de dicho capital desde la fecha en que fue cobrado y con expresa imposición de costas."

SEGUNDO.-Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Montes Torregrosa en la representación ostentada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm.4 de Alicante con fecha 13 de septiembre de 2004, en autos de Juicio Ordinario num.0825/03, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, para desestimar como desestimamos la demanda formulada por Dª Edurne y absolver como absolvemos a D. Eloy, de las pretensiones deducidas de

contrario, imponiendo a la actora las costas de la primera instancia y sin que proceda imponer las causadas en esta alzada.

TERCERO.- 1.- La Procuradora Dª Mª Teresa Ripoll Moncho, en nombre y representación de Dª Edurne, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Infracción de los artículos 392, 1281 y ss. del Código civil e infracción del art. 385 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de la teoría del enriquecimiento injusto, infracción del principio general del derecho *venire contra proprium actum non valet*, abuso de derecho por la actora, infracción del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incongruencia omisiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario. SEGUNDO.- Infracción de los arts. 14 y 10.1 en relación con el art. 32.1 de la Constitución. Infracción del art. 392 y 393 del Código civil. TERCERO.- Infracción de los arts. 32.1 y 39.1 de la Constitución. CUARTO.- Infracción de los arts. 1 y 1.4 del Código civil. Infracción de los arts. 3.1 y 4.1 del Código civil y art. 1.7 del mismo. QUINTO.- Infracción de los arts. 3.1 y 4.1 del Código civil. SEXTO.- Infracción de los arts. 14 y 10.1 en relación con el 32.1 de la Constitución. Infracción de normas sobre interpretación de los contratos, contenidas en los arts. 1281 y 1285 del Código civil, así como doctrina jurisprudencial.

2.- Por Auto de fecha 22 de abril de 2008, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.-Evacuado el traslado conferido la Procuradora Dª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de D. Eloy, presentó escrito de oposición al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de enero del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la parte demandante en la instancia y ahora recurrente en casación, doña Edurne se ejerció acción de reclamación

de cantidad, exactamente de la mitad de un importante premio de la lotería primitiva (791.697.961 pesetas) basándose en la existencia de una comunidad de bienes ex artículo 392 del Código civil derivada de la convivencia *more uxorio* que mantenía con el demandado, actual parte recurrida, don Eloy.

El hecho básico en que se apoya la acción parte de una convivencia en que ambos, desde aproximadamente 1997, con intermitencias y separaciones, habiendo tenido un hijo en común, hasta que en fecha 10 de abril de 2001 rompen la relación y suscriben un documento, con una serie de pactos, que el primero dice así:

"primero: Que siendo imposible continuar con la vida en común, han acordado zanjar todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando a partir de esta fecha, domicilios independientes comprometiéndose a respetar mutuamente la vida privada del otro."

En ella se contemplan las deudas, gastos pendientes y la venta de una vivienda común hasta su total liquidación, tras lo cual, se prevé:

"Una vez cumplido lo pactado, reconocen ambos tener por zanjadas cuantas diferencias y cuestiones económicas compartían, sin que tengan nada que reclamarse mutuamente."

Posteriormente, en fecha 12 de mayo de 2001 el demandado es agraciado con el premio de la lotería primitiva a que antes se ha aludido.

SEGUNDO.- La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Alicante, de 18 de febrero de 2005, revocando la de primera instancia, analizando y valorando con detalle las alegaciones y los medios de prueba desestima la demanda porque no considera acreditada "la voluntad de los litigantes de constituir una plena comunidad económica durante el período de convivencia" y "no queda probado que los litigantes convivieran en el momento de ser agraciado el boleto adquirido por el demandado con el premio cuya mitad reclama la demandante" dando así pleno valor al documento de 10 de abril de 2001 con el que "los litigantes zanjan todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando diferentes domicilios, comprometiéndose el demandado a abandonar la vivienda común".

La parte demandante, doña Edume formula recurso de casación contra la anterior sentencia, recurso de muy dudosa admisibilidad, porque lejos de exponerla infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, como dice el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hace una larga introducción en el que expone su posición y, a continuación, en sucesivos apartados alega infracciones que pueden concretarse en seis motivos.

TERCERO. - Conviene precisar la postura de esta Sala antes de entrar en el detalle de los motivos de casación.

En primer lugar, sobre la unión de hecho o matrimonio de hecho o convivencia more uxorio. Acerca del concepto no hay discusión: es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación. Lo que ha sido mantenido por la jurisprudencia es la no aplicación de la normativa sobre el matrimonio, la apreciación de una comunidad de bienes siempre que se deduzca de la voluntad de los convivientes y la protección a la parte más débil de la relación evitando injustos perjuicios. La sentencia que se citan el recurso, de 17 de enero de 2003, contempla el caso de una larga convivencia, tras la que se reconoce a la mujer una parte de los bienes que se habían adquirido durante la vida en común.

No es éste el caso presente. La convivencia que, según hecho probado, no llegó a constituir una comunidad económica, se extinguió antes de la adquisición de aquel boleto comprado con dinero exclusivo del demandado: cuando ello ocurrió no había convivencia, ni comunidad, ni atisbo alguno de una participación por parte de la mujer.

En segundo lugar, sobre el premio de la lotería. En caso de matrimonio seguido bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales y ello fue contemplado por la sentencia de 22 de diciembre de 2000. Pero en caso de unión de hecho, tan sólo sería común si se acredita la existencia de una comunidad de bienes.

No es el caso presente en que no se ha acreditado tal comunidad cuando había

convivencia y, además, cuando se obtuvo la ganancia, ya no había ni siquiera la convivencia.

CUARTO. - Los dos primeros motivos del recurso de casación (apartados tercero y cuarto de su escrito) alegan la infracción de un sinnúmero de normas constitucionales (artículos 10, 14, 32, 39), civiles (artículos 1.7, 392, 393) de la Declaración de derechos humanos y de pactos internacionales. Todo ello para mantener que se da una unión de hecho de los litigantes y que merece protección, como la merece toda familia fundada en unión de hecho.

Aparte de las largas explicaciones doctrinales sobre la unión de hecho, su protección y la comunidad de bienes, no podemos por menos que estar de acuerdo con sus afirmaciones de la protección integral de la familia. Sin embargo, en el caso presente, al tiempo de obtenerse la ganancia, no había unión de hecho, ni comunidad de bienes: lo primero, porque el documento de 10 de abril de 2001 es tajante (“...domicilios independientes...”, “...vida privada del otro”) y se declara probado que cesó la convivencia; lo segundo, porque no puede mantenerse una comunidad cuando se ha decidido romper toda relación económica, en el mismo documento (“...zanjar todas las cuestiones económicas...”) y, a mayor abundamiento, la sentencia de instancia declara probado que nunca hubo comunidad de bienes.

QUINTO. - El motivo tercero del recurso (apartado quinto del escrito) alega también un conjunto de normas del Código civil (artículos 1, 3 y 4) para mantener, una vez más, la protección que merece la unión de hecho, lo que nadie discute y la equiparación a la comunidad de bienes, lo que es negado como hecho probado incólume en casación por la sentencia de instancia, objeto de este recurso. Lo que es claro es que la jurisprudencia ha negado la aplicación a la unión de hecho de la normativa del matrimonio.

Lo que es inadmisibile en el recurso de casación es la pretensión, que se hace en el desarrollo del motivo, de que se revise la valoración de la prueba. Literalmente, dice:

“si la Sala hubiese valorado la prueba aportada correctamente, hubiese hallado perfectamente actos y hechos concluyentes de la pareja que definen con claridad que la

voluntad de ambos era compartir, era hacer común, y para ello basta no sólo en ver la documental de antes del premio sino la de después del mismo y las más concluyentes es relacionando el documento...”.

Lo cual se desarrolla ampliamente, lo que está lejos de la casación, cuya función no es revisar la cuestión fáctica, sino controlar la aplicación correcta del ordenamiento jurídico a los hechos declarados probados en instancia (sentencias de 15 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2009), sin hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 5 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009).

SEXTO. - El cuarto de los motivos de casación (apartado sexto del escrito) alega la infracción de los artículos 3.1 y 4.1 del Código civil por no interpretar la normativa jurídica, conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía que da lugar a la aplicación de los principios generales del derecho, así como la infracción de los artículos 392 y 393 del Código civil.

En el desarrollo del motivo no aclara cuál es la normativa jurídica que ha sido mal interpretada, ni concreta la realidad social no considerada, ni cabe insistir en la apreciación de la analogía a la unión del hecho, ni puede aceptarse infracción de normativa de la comunidad de bienes que ha sido negada por la sentencia de instancia.

La realidad es otra, cuyo punto de vista se pierde a lo largo de todo el recurso. La unión de el hecho había cesado cuando se produjo la obtención del premio de la lotería: no hay realidad social, ni comunidad, a una situación en la que ni siquiera existe la convivencia que hubo antes.

Y lo que verdaderamente hay en este motivo es otra cosa: no tanto alegación de normativa que se dice infringida, sino una valoración de la prueba y una discusión sobre la cuestión fáctica, que no es admisible en casación, como se ha dicho en el fundamento anterior.

Como reitera la sentencia de 30 de septiembre de 2009 recogiendo jurisprudencia anterior:

“El recurso, evidencia una petición de principio al pretender que esta Sala se constituya en Sala de instancia, entrando a valorar nuevamente la prueba, lo cual, según doctrina de esta Sala, está vedado al recurso de

casación, en el que no cabe “hacer supuesto de la cuestión”, que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida -SSTS 20-2-92, 6-11-92, 12-11-92, 2-12-93, 29-12-98, 28-9-99 y 5-7-2000- o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinación de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia -SSTS 15-11-95 y 24-3-95- o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos -SSTS 25-2-95, 30-5-95 y 14-7-97”.

SEPTIMO. - El motivo quinto del recurso de casación (apartado séptimo del escrito) alega la infracción de los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución Española e infracción de los artículos 1281 y 1285 del Código civil y en el desarrollo del motivo otra vez vuelve a valorar la prueba y mantener que la convivencia se mantiene tras el documento de 10 de abril de 2001. Dice textualmente:

“en el fundamento séptimo de la sentencia, la Sala llega al erróneo convencimiento de la no convivencia de la pareja en el crítico momento de ser agraciado el boleto, basándose únicamente en el documento número 1 de los que la contestación a la demanda, sin valorar el mismo con el resto del conjunto de prueba, sin atender a su impugnación, sin dar cuenta de su falta de firma en su contenido íntegro, y sin comprobar las declaraciones de las partes sobre el mismo”.

No es así. La Sala no sólo se atiene a lo declarado probado (no hubo comunidad, ni siquiera cuando había convivencia), sino que comparte la apreciación del Tribunal a quo de que la convivencia cesó tras la firma de aquel documento. No puede ahora la recurrente pretender interpretar de otra forma aquellas declaraciones, ni mucho menos, revisar la actividad probatoria y llegar a negar lo que ha declarado probado la sentencia de instancia, contrariando, una vez más, la función de la casación.

OCTAVO. - El sexto y último de los motivos del recurso de casación (apartados octavo y noveno del escrito) se refiere, un tanto confusamente, a la doctrina del enriquecimiento injusto, cita sentencias o no aplicables al caso por darse una comunidad o no procedentes

de esta Sala, por ser de la Sala Segunda; cita como infringidos los artículos 32 y 39 de la Constitución Española y vuelve a la protección de la unión de hecho, que nadie discute.

La alegación de enriquecimiento injusto no es aceptable en este recurso de casación, ya que no fue la actio petendini se alegó como fundamento de la demanda. La menciona la sentencia de apelación, precisamente porque el demandado lo había alegado como uno de los motivos de su recurso de apelación al haber sido estimada la demanda en su contra por la sentencia de primera instancia.

A mayor abundamiento, no cabe apreciar un enriquecimiento injusto en el caso de la obtención de un premio de lotería por quien había sido su pareja de hecho y ya no lo era al tiempo del premio y con el cual nunca había llegado a formar una comunidad de bienes.

NOVENO.- Por las razones expuestas se desestiman todos los motivos del recurso de casación y, por ende, se declara no haber lugar a éste, confirmándose la sentencia recurrida, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo que lleva consigo la condena en las costas causadas por este recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la misma ley.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

2. **Causa Especial contra aforado (Presidente autonómico).** Archivo de querrela por prevaricación. Tráfico de influencias. Deslinde administrativo-penal. Faltan elementos típicos.

■ **Fecha: 17/02/2010 - Jurisdicción: Penal - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Auto - Sala: Segunda - Ponente: Andrés Martínez Arrieta. (Tol 1779148)**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 24 de Junio pasado tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito del Procurador Sr. Ferrer Recuero, en nombre y representación del PARTIDO POPULAR DE ANDALUCÍA formulando querrela contra el Excmo. Sr. DON M.C.G., Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial, así como contra DOÑA P.C.I., hija del anterior y apoderada de MINAS DE AGUAS TENIDAS S.A. (MATSA), por los presuntos delitos de

prevaricación, de malversación de fondos públicos y de tráfico de influencias.-

SEGUNDO.- Formado Rollo en esta Sala núm. 3/20370/2009, por providencia de 26 de Junio de 2009 se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta y se requirió al querellante por 10 días a los efectos del art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.-

TERCERO.- Presentado en el Registro General de este Tribunal con fecha 16 de Julio

FALLO:

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR la representación procesal de D^o Edurne, contra la sentencia dictada por la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 18 de febrero de 2005, que SE CONFIRMA.

Segundo.- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente.

Tercero. Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Rubricados.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D.Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.

pasado por el Procurador Sr. Ferrer Recuero en representación del Partido Popular, escrito de ampliación y subsanación de querrela, y cumplimentado el requerimiento de esta Sala de 26 de Junio por medio de comparecencia en Secretaría del Letrado con poder otorgado a tal efecto, DON JUAN RAMON MONTERO ESTEVEZ, por providencia de 17 de Julio se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente evacuó traslado con fecha 28 de Julio en el que DICE:

".....A la vista del contenido del escrito de la parte querellante, de 16 de julio de 2009, en el que textualmente se dice que "... se ha procedido a ampliar y subsanar el escrito de querrela presentado..."., de la comparecencia efectuada el siguiente día, así como de la providencia de la Sala, de 17 de julio, en la que "...se tiene por ratificado (al Partido Popular) en la querrela y ampliación de la misma, formulada ante esta Sala contra el Excmo. Sr. Don M.C.G...." el Ministerio Fiscal interesa que por la parte o partes querellantes se determine, con carácter previo a la emisión del dictamen solicitado, quién es la parte querellante, esto es, si el Partido Popular (escrito de 16 de julio) o el Partido Popular de Andalucía (escrito de 24 de junio), o ambos, y si el querellado es el Excmo. Sr. D. M.C.G. (escrito de 16 de julio) o también debe otorgarse dicha condición a su hija (escrito de 24 de junio), ya que, además, se habla de "ampliación de la querrela" cuando, en realidad, se estaría tratando de una posible reducción de la misma, si es que no debiera considerarse como tal a la hija del aforado....".

QUINTO.- Cumplimentado el requerimiento anterior por medio de escrito presentado por el Procurador Sr. Ferrer Recuero en la representación que ostenta, en el Registro General de este Tribunal el 16 de septiembre, se dió traslado nuevamente al Ministerio Fiscal a fin de informar sobre competencia y fondo.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado en fecha 29 de septiembre, en el que DICE:

".....Que en orden a la COMPETENCIA y siendo el querellado Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial corresponde el conocimiento de la

presente querrela a esa Excmo. Sala, conforme a lo prevenido en el art. 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Que en lo que hace referencia al CONTENIDO material y fondo de la querrela se interesa la INADMISSION de la misma con arreglo a las siguientes consideraciones: PRIMERA.- Los hechos de los que la parte querellante entiende se deducen los ilícitos penales constitutivos de los delitos de prevaricación administrativa y de tráfico de influencias presuntamente imputados al Vicepresidente Tercero del Gobierno son en síntesis los siguientes: La concesión por parte de la Junta de Andalucía (Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, IDEA, de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa) de un incentivo a la Empresa MINAS DE AGUAS TENIDAS, en la que desde el 2 de julio de 2007, trabaja como empleada D P.C.I., hija del querellado, en aquel momento Presidente de la Junta de Andalucía, por importe de 10.093.472,70 euros, para la construcción de una planta de tratamiento mineral.-Que, el día 20 de enero de 2009, el querellado, en su condición de Presidente de la Junta de Andalucía y del Consejo de Gobierno de la misma, aprobó la concesión de dicho incentivo.- Que, para llegar a la concesión del incentivo que venimos haciendo referencia, el querellado introduce una modificación legislativa, a través del la Orden de 9 de diciembre de 2008, modificadora de la anterior (Orden de 19 de abril de 2007) que al exigir (art. 4.4) "inversiones en las labores de acceso a los yacimientos de las industrias extractivas" dejaba fuera de dicha normativa al proyecto presentado por MATSA para "la construcción de una planta de tratamiento mineral", lo que se corrige con la normativa vigente, pero quedando siempre como elemento, que debió dar lugar a la denegación, el hecho de que no se cumpliera el requisito "de no iniciar las inversiones antes de la presentación de la solicitud de ayuda".-Que la concesión del incentivo a la empresa MATSA va íntimamente unido al hecho de la contratación por la misma de la hija del querellado, que comienza su relación laboral el 2 de julio de 2007, como responsable del departamento Jurídico y con facultades de representación de la compañía.-De tal modo, que, según el querellante, la hija no es ajena al proyecto presentado por la

empresa y de las escrituras de apoderamiento, otorgadas en su favor en fechas 17 de octubre de 2008 y de 14 de enero de 2009, se desprende que la resolución del Consejo Rector de la Agencia IDEA se produce "un día antes de la fecha del segundo apoderamiento" y que la aceptación del incentivo cuando es ratificado por el Consejo de Gobierno presidido por el querrelado se realiza (20- 1-09) cuando el apoderamiento no se ha inscrito todavía en el Registro Mercantil de Huelva, lo que ocurre el 4 de marzo de 2009.- Que, si bien el Gerente Provincial de la Agencia IDEA en Huelva, en fechas 4 y 5 de noviembre de 2008, remite Propuesta de Incentivo en cuantía de 6.931.78035 euros (esto es, 15% de 46211.869 euros), cuantía que es sustituida en fecha 12 de mayo de 2008, por la suma de 10.093.472,7 euros (esto es, 15% de 67.289.818 euros) que es la definitivamente aprobada y que, a juicio del querellante, no tiene justificación.-Que, por último, para el querellante la existencia de los delitos que entendiéronse cometidos se justifica igualmente tanto por las irregularidades administrativas del expediente, lo que debió ser patente para cualquier autoridad o funcionario público que por razón de su cargo haya tenido que resolver sobre el contenido del mismo, como para el entonces Presidente de la Junta, que estaba afectado por la Ley 31/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, que le obligaba a inhibirse del conocimiento del expediente administrativo. Además, el querellante señala, para finalizar la narración de los hechos en que fundamenta la presente querrela, que hubo una discriminación palmaria a favor de MATSA frente a otras empresas del sector, señalando en concreto, " 1º.- De los tres proyectos mineros con mayor volumen inversión existentes en la zona, el señor M.C.G. sólo visitó e incluso inauguró, uno de ellos el de MATSAU. 2º.- Los avales tanto medioambientales como cualesquiera otros exigidos a los dos proyectos mineros arriba indicados fueron considerablemente superiores a los exigidos a MATSAU. 3º.- La subvención concedida a MATSAU es, proporcionalmente, la más elevada que se ha otorgado por la Agencia IDEA en este sector".- SEGUNDA. Presentada denuncia por

el Sindicato Manos Limpias ante la Fiscalía Superior de la Comunidad Andaluza contra, D. M.C.G.- Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial, la misma, dada la condición de aforado del denunciado fue remitida a la Fiscalía del Tribunal Supremo, quien, en fecha 29 de junio de 2009, acordó la apertura de Diligencias de Investigación Penal nº 8/2009, que fueron archivadas, en fecha 24 de julio de 2009, al entender que los hechos no eran constitutivos de los delitos de tráfico de influencias ni de prevaricación administrativa.- TERCERA. De los datos que constan en el expediente administrativo remitido a la Fiscalía del Tribunal Supremo por la Junta de Andalucía, Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, así como de la documental remitida por el hoy querrelado en las Diligencias de Investigación Penal a las que anteriormente se ha hecho alusión, (se aportan con el presente escrito dichos documentos), pueden enunciarse los siguientes hechos: PRIMERO: El 11 de octubre de 2007 la empresa MINAS DE AGUAS TENIDAS SA. U. (MATSA en adelante) presentó, ante la Gerencia Provincial de Huelva de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), de la Consejería de Innovación Ciencia y Empresa, tres solicitudes que se integraban en el Programa de Incentivos para el Fomento de la Innovación y el Desarrollo Empresarial de Andalucía. A la primera de ellas, que tenía por objeto la construcción de una rampa de acceso, se le otorgó el número de solicitud FIDEA 6679, y dió origen al expediente 540161; la segunda que pretendía la construcción de una planta de pasta y depósito de estériles, se la dió el número FIDEA 6647, y a la última, que pretendía la construcción de una planta de tratamiento mineral, se la concedió el número FIDEA 6021, dando lugar al expediente 540163.- La primera de las citadas solicitudes de incentivos fue desestimada por Resolución de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, de 24 de marzo de 2008, como consecuencia de propuesta denegatoria emitida por la Comisión de Valoración Provincial en su reunión de 17/03/08, en base a que tratándose de un proyecto de inversión, éste se ha iniciado antes de la fecha de notificación de que dicho proyecto,.... cumple en principio con las

condiciones establecidas en las bases reguladoras para ser considerado incentivable".- La segunda solicitud se halla, al parecer, en la actualidad en tramitación.- La tercera solicitud (la de la construcción de una planta de tratamiento mineral) a la que se contrae la querrela, tras su tramitación en vía administrativa durante un periodo de tiempo superior a un año, el día 4/11/08, por el Gerente Provincial, se elevó a la Comisión de Valoración Autonómica, una Propuesta de Aprobación por importe de 10.093.472,70.- euros, Propuesta que fue aprobada en la referida cuantía por el Consejo Rector de la Agencia en su reunión de 13 de enero de 2009. Al exceder el importe total del incentivo de la cuantía de 1.200.000.- euros requirió que el citado expediente pasara a la ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, lo que se hizo en la reunión del 20 de enero de 2009, siendo el incentivo aceptado por la empresa MATSA, en fecha 23/02/09.- SEGUNDO: La suma inicialmente solicitada por la empresa, (cuyo 15% de la misma integraría el importe del incentivo) fue de 95.973.606.- euros. Dicha cantidad fue rebajada por los Servicios de la Agencia de Innovación a la cantidad de 46.211.869.- euros (cuyo 15% ascendía a la suma de 6.931.780,35.- euros), para, con posterioridad aumentarla como consecuencia del incremento en el concepto obra civil" a la suma de 67.289.818.- euros cuyo 15% hace que el importe del incentivo definitivamente reconocido fuera de 10.093.472,70.- euros.- TERCERO: D. P. C.I., hija del aforado denunciado, presta servicios como licenciada en Derecho por cuenta y bajo MATSA desde el 2 de julio de 2007, habiendo asumido en tal condición funciones de representación de la compañía, que en lo que se refiere a los hechos a los que se contrae la presente denuncia se centran en la firma el 12 de febrero de 2009, de la notificación de la resolución del expediente de concesión del incentivo, y en la aceptación del mismo, lo que ocurre el 23 de febrero de 2009, fecha que es posterior al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. También el 25 de febrero de 2009, en su condición de apoderada interpone recurso de reposición, posteriormente impugnando la exigencia de incremento de capital social de MATSA.

CUARTO: En la tramitación del expediente de concesión de incentivos a la empresa MATSA (nº 540163), por importe de 10.093.472,70.- euros, objeto de la presente denuncia, el denunciado participó como Presidente del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en la reunión celebrada el 20 de enero de 2009, en la que, como ya se ha dicho con anterioridad, se produjo la ratificación de la aprobación efectuada por el Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA). No consta del expediente administrativo que el querrelado efectuara algún tipo de gestión para la concesión del incentivo.- QUINTO: Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 21 de julio de 2009, se acordó no incoar expediente sancionador, por las denuncias que dieron lugar a las Actuaciones Previas 09/420, al entender que el denunciado no incurrió en el deber de inhibición previsto en el art 7 de la Ley 3/2005, de 6 de abril de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración.- CUARTA Una vez establecidos los hechos, tanto los que fija la parte querellante en el escrito de interposición de la misma, como los que a juicio del Ministerio Fiscal se desprenden del expediente administrativo correspondiente a la concesión del incentivo a la empresa MATSA, debe establecerse cuál es la doctrina de la Sala relativa a los delitos que se imputan al querrelado: El delito de tráfico de influencias, conforme a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1996, recurso 305/1997, tanto en su antigua regulación (la del art. 404 bis c) del Código Penal de 1993), como en la actual (la de los artículos 428 y 429 del Código Penal vigente), "...presenta una indudable afinidad con el delito de cohecho ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos". Se caracteriza igualmente porque para "...conseguir del funcionario una parcial (o no del todo imparcial) decisión, se emplean en realidad medios.- distintos a las dádivas o presentes" y porque "... a diferencia de lo que ocurre con el delito de cohecho, en el que tan responsable es el cohechante como el cohechado, en el tráfico de influencias sólo se tipifica y sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la

del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficie a la persona que ha influido en él siempre, eso sí, que la decisión adoptada no contenga los requisitos que tipifican el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del vigente Código...".- En cuanto al delito de prevaricación, la sentencia de la Sala, de 4 de diciembre de 1998, recurso 1191/98, recogiendo la doctrina contenida en otras resoluciones anteriores, señala cuáles son los requisitos que deben concurrir para que se entienda cometido el mismo. Así, a tal fin, expresa que son "cuatro los mencionados requisitos. A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser un funcionario público, en cuyo concepto está comprendida asimismo la autoridad... B) El funcionario o autoridad debe dictar una resolución en asunto administrativo que, ante todo, deba reputarse contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas de procedimiento en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución sea contraria a derecho para que constituya un delito de prevaricación. El control de la legalidad de los actos de la Administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa y no sería compatible con una correcta articulación entre los poderes del Estado constitucional una sistemática criminalización de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder, como acontecería si todo acto administrativo ilegal fuese considerado "injusto". Una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal... El art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el dato... del "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico..., sino pura y simplemente, de su capricho, de su

voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad... D) para que el delito se entienda cometido, se requiere además que el funcionario actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución que dicta...".- QUINTA. Pues bien, trasladando la anterior doctrina a los hechos objeto de la presente querrela se desprende que de ninguno de ellos puede afirmarse la existencia de los delitos de tráfico de influencias y de prevaricación administrativa. En cuanto al primero, porque no existe mínimo indicio de que el querellado, en su condición entonces de Presidente de la Junta de Andalucía, haya influido sobre otro u otros de los funcionarios de la Agencia IDEA en particular, o de la Consejería de innovación, Ciencia y Empresa, en general, bien dando una orden directa para que el expediente se resolviera de una manera concreta y determinada, bien tratando de influir en la resolución de quien no es inferior jerárquico directo. El querellado no ha realizado ninguna de las formas típicas de prevalimiento que prevé el art. 428 del CP, ya que su actuación se redujo a aprobar en Junta de Gobierno una concesión de incentivo que, de acuerdo con la cuantía reconocida, debía ser autorizada por el órgano que presidía, limitándose por tanto, a ratificar lo que ya se había establecido, en igual sentido, por las correspondientes instituciones de los órganos administrativos competentes.- Tampoco, del análisis de los hechos que se describen en la presente querrela, concurren los elementos necesarios que permitan afirmar que nos hallamos en presencia de un delito de prevaricación administrativa, salvo claro está, la condición de autoridad que tenía el querellado en su condición de Presidente de la Junta de Andalucía. La parte querellante, en su esfuerzo acusador, no ha logrado designar un solo acto resolutorio que pueda ser considerado injusto. Es más, ni siquiera ha puesto de manifiesto irregularidades o carencias que, en teoría, pudieran adolecer el expediente administrativo y que pudieron dar lugar solamente a impugnaciones o censuras, bien en el ámbito administrativo, bien en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo, siendo necesario resaltar que, aun en el supuesto hipotético de que se hubieran producido dichas anomalías en la tramitación, nunca nos hallaríamos en presencia de una

irregularidad de tal dimensión que supusiera haber prescindido total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento, que es lo que el tipo penal demanda.

Y ello, a juicio del Ministerio Fiscal es así como consecuencia de las siguientes consideraciones: El 11 de octubre de 2007 la empresa MATSA no presenta una solicitud de incentivo, sino tres: una dirigida a la obtención de incentivo para la construcción de una rampa de acceso; otra, que pretendía obtener una ayuda para la construcción de una planta de pasta y depósito de estériles y, una última, que es la que pretende obtener el incentivo para la construcción de una planta de tratamiento mineral (objeto de la presente querrela). El órgano administrativo competente admite a trámite las dos últimas peticiones y rechaza la primera ya que la Comisión de Valoración Provincial, en sesión de 17/03 entiende que tratándose de un proyecto de inversión "éste se ha iniciado antes de la fecha de notificación de que dicho proyecto,.... cumple en principio las condiciones establecidas es las bases reguladoras...". El segundo proyecto no se sabe cuál es su estado actual, esto es, si sigue la tramitación o debe entenderse desestimado por silencio administrativo.- La única conclusión que puede obtenerse de las incidencias que se producen en la tramitación de los tres proyectos, es que dos se admiten porque formalmente cumplen los requisitos de admisibilidad establecidos por la normativa reguladora y el otro se rechaza precisamente por lo contrario.- Tampoco de la modificación de la Orden de 19 de abril de 2007, llevada a cabo por la Orden de 9 de diciembre de 2008, puede obtenerse la conclusión de que nos hallamos ante una maniobra legal dirigida a facilitar la consumación de los tipos delictivos enunciados en el escrito de querrela. Ello es así, porque como se desprende de su Preámbulo, la referida disposición se dicta no solo para apoyar iniciativas empresariales inspiradas en la innovación, sino también para tratar de paliar la crisis económica por la que atraviesa la sociedad en su conjunto.- Lo que realmente importa a efectos de la presente querrela es que la tramitación de la solicitud de incentivo se efectúa con arreglo a los criterios establecidos por la Orden de 2007, ya que era la vigente cuando se presenta la solicitud (11/10/2007), estaba en vigor cuando se

admite a trámite el proyecto (18/10/2007) y cuando por el Gerente Provincial se eleva Propuesta de incentivo ante la Comisión Autonómica (4/11/2008). Sólo la resolución final de concesión (enero de 2009) y la ratificación del Consejo de Gobierno (20 de enero de 2009) se producen al amparo de la nueva Orden, por aplicación de lo dispuesto en su disposición transitoria única, pero sin que, por tal circunstancia, se produjera modificación alguna del proyecto de concesión del incentivo.

Tampoco de la cuantía del incentivo que ha sido reconocida puede deducirse existencia de ningún delito. La inversión total prevista en el proyecto objeto de incentivo ascendía a la suma de 95.973.606.- euros. La misma es rebajada, en principio, como concepto de inversión incentivada a 46.211.869.- euros, para, posteriormente, ser fijada en 67.289.818.- euros al incorporarse todas las inversiones que tenían carácter de incentivos, entre ellas el importe de la obra civil. Cantidad a la que se aplicó el 15% para determinar el incentivo. De todas formas, sólo se incentivan dos terceras partes de la suma total solicitada por la empresa.- El hecho de que en la empresa MATSA, beneficiaria del incentivo, preste sus servicios la hija del entonces Presidente de la Junta de Andalucía no puede llevar a la conclusión de la existencia de delito alguno.- Desde luego no la del tipo previsto en el art. 429 del CP, ya que el propio querellante excluye a la misma del escrito de querrela. Tampoco del art. 428 en cuanto que no ha quedado acreditado que el querellado hiciera, como ya se dijo, actividad alguna dirigida a tal fin. Tampoco la del establecido en el art. 404 del CP. Pensar que, por el hecho de la relación de paternidad, el hoy querellado hubiera incurrido en la conducta de "dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo, a sabiendas de su injusticia", sería afirmar algo que carecería de toda base legal: la posición que ocupa la hija en la empresa MATSA es la de empleada por cuenta y bajo la dependencia de la misma, sin que en ningún caso sea accionista, ni miembro del Consejo de Administración, ni forme parte de la dirección de la empresa. La hija del querellado, en su condición de letrada, ha sido nombrada apoderada de la empresa, no administradora de la misma.- Debe recordarse

que el apoderamiento se efectúa en fecha 14 de enero de 2009, seis días antes de la reunión del Consejo de Gobierno y desde luego en fecha posterior (8 de enero de 2009) a la aprobación de la concesión del incentivo por parte de la Comisión de Valoración Autonómica. De ello se desprende su mínima intervención en la tramitación del expediente, limitándose a aceptar el incentivo en nombre de MATSA para elevar la resolución a definitiva (19 de febrero de 2009) y a interponer recurso de reposición contra la resolución que concedió el incentivo ya que en ella se imponía a la empresa la obligación de acreditar "... un incremento de capital social suscrito y desembolsado por un importe mínimo de 38.389.430,00.- euros. (2/04/09).-La intervención del querrellado, en su condición de Presidente de la Junta de Andalucía en la reunión del Consejo de Gobierno celebrado el 20 de enero de 2009, no fue para conceder el incentivo sino para ratificar, en función de su cuantía, una concesión anteriormente aprobada. Ello supone, no que el acto administrativo del Consejo de Gobierno pierda el carácter de resolución en el sentido al que se refiere la sentencia 38/1998, de 23 de enero, degradándose en acto que no tenga el carácter de decisorio, como, "por ejemplo, los actos de trámite, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc...", pero sí que se trata de una resolución que formalmente reviste los caracteres de tal, pero que, en el fondo, participa y es totalmente conforme con la decisión previa e independiente de otros órganos administrativos igualmente competentes.- En definitiva, la cuestión de la participación del querrellado en el ya referido Consejo de Gobierno podría quedar circunscrita a la posible infracción del deber de inhibición que en todo caso, podría serle exigible como Presidente, en aquellas fechas de la Junta de Andalucía. Pero tal cuestión ha quedado igualmente resuelta en sentido negativo ya que, el 21 de julio de 2009, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía acordó no incoar expediente sancionador, en las Actuaciones Previas 09/420, al entender que el denunciado no incurrió en el deber de inhibición previsto en el nº 7 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración.- SEXTA En resumen, de lo anteriormente expuesto podrían

establecerse las siguientes conclusiones:La Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, a la que pertenece la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) solamente concede, de los tres proyectos presentados por MATSA, el correspondiente incentivo a uno sólo de ellos, relativo a la construcción de una planta mineral.-La concesión del incentivo se efectúa por un importe que supone la reducción de alrededor de un tercio de la cantidad solicitada por la empresa.-La tramitación administrativa del correspondiente expediente de concesión evidencia que siempre tuvo una valoración positiva en cuanto a la concesión del incentivo, sin que se hayan producido, en tal sentido, actuaciones contradictorias (desfavorables y luego favorables) por parte de los organismos administrativos competentes en la tramitación del mismo.- Que la empresa MATSA se ha visto obligada a interponer el correspondiente recurso de reposición para tratar de anular (como así ha sucedido) la exigencia contenida en la Resolución que concedía el incentivo de acreditar el incremento del capital social suscrito y desembolsado por un importe mínimo de más de 38 millones de euros.- En definitiva, afirmar que cualquier infracción bien de normas de abstención, bien de normas administrativas (lo que aquí no ha sucedido en los dos casos) supondría la comisión de un delito de prevaricación se compadecería mal con la consideración del derecho penal como "ultima ratio", máxime cuando en esta materia el control jurisdiccional del derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional.- Por lo expuesto, El Fiscal interesa la inadmisión de la querrela y el archivo de las diligencias-art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- por no ser los hechos en que se funda constitutivos de delito....."

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Partido Popular interpone querrela criminal contra D. M.C.G., en la actualidad Vicepresidente Tercero del Gobierno, lo que determina el aforamiento ante esta Sala, y en la época a la que se refieren los hechos de la querrela, Presidente de la Junta de Andalucía, órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Procede, en primer término, declarar la competencia de esta Sala de conformidad con el art. 57 de la LOPJ.

SEGUNDO.- Los hechos imputados en la querrela se contraen a la concesión de un incentivo por la Junta de Andalucía a la mercantil Minas de Aguas Teñidas S.A.U. (MATSAU), en cuyos servicios jurídicos trabaja la hija del querrellado Dª P.C.I.. El incentivo a que se refiere la querrela fue solicitado el 11/10/2007, estudiado por la Gerencia provincial de Huelva de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía que comprobó la concurrencia de los requisitos de la concesión en sus aspectos técnicos, económicos y financieros y emitió informe favorable. La comisión de valoración económica estudió y valoró el proyecto de inversión y lo elevó para su aprobación el 13/01/09 al Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía. Aprobado el incentivo por la mencionada Agencia, fue ratificado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 20 de enero de 2009. La actuación del querrellado se contrae, por lo tanto, a la ratificación de la concesión del incentivo de acuerdo a la normativa reguladora del "Programa de incentivos para el fomento de la Innovación y Desarrollo empresarial en Andalucía".

El escrito de querrela refiere, folios 34 y siguientes, como hechos relevantes en la subsunción en el delito de prevaricación, el que el querrellado "no se abstuvo en el trámite fundamental de la ratificación del acuerdo aprobatorio de la subvención", dada la relación laboral de la empresa beneficiada con el incentivo concedido y la hija del aforado, de una parte, y la persona del querrellado. Además, por las irregularidades administrativas cometidas en la tramitación del expediente incoado que no han podido pasar desapercibidas para los funcionarios públicos que tenían obligación de conocer del mismo y que han resuelto sobre la petición de subvención concedida". Este argumento lo concreta en el escrito presentado el pasado 9 de diciembre de 2009 en el que refiere la falta de firma de un documento, el incremento de la cuantía del incentivo, la ausencia de bastantear de poderes y la ausencia de documentación que justifique que la empresa se encontrara al corriente en el pago de impuestos y cuotas de la Seguridad Social. Con respecto al delito

de tráfico de influencias, el segundo delito imputado, lo concreta, folio 37 del escrito de querrela, en el hecho de que el querrellado, por entonces Presidente del Gobierno de Andalucía, prevaliéndose de su condición de Jefe del Ejecutivo Andaluz interviene ante su por entonces Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa,... y ante los órganos rectores de la Agencia IDEA, presidida por el mismo Consejero, para que se ejecutaran todas las acciones de cara a que MATSAU consiguiera el incentivo. En concreto dictan la Orden de incentivos de diciembre de 2008, aplicada a MATSAU...". Este fundamento de la tipicidad lo reitera en el escrito de 9 de diciembre "el querrellado era la máxima autoridad de la Junta de Andalucía ..." por lo tanto en dependencia directa y jerárquica de los órganos de la administración.

El Ministerio fiscal, en su preceptivo informe sobre la querrela presentada, interesa la inadmisión a trámite de la querrela e incorpora al procedimiento documentos del expediente administrativo relativo a la concesión del incentivo que obraban en Fiscalía en virtud de una anterior denuncia sobre hechos sustancialmente idénticos a los que constituyen el objeto de la presente querrela y de los que tuvo conocimiento en virtud de una denuncia presentada ante el Ministerio fiscal. Esa incorporación documental permite un mejor conocimiento de los hechos objeto de la querrela presentada. De estos documentos se ha dado traslado a los querellantes y sobre su contenido expusieron sus alegaciones.

TERCERO.- Analizamos en primer término la querrela por el delito de prevaricación.

De acuerdo a los antecedentes de esta Sala, por todas STS 10 de julio de 1.995 y múltiples posteriores, el bien jurídico protegido por el tipo penal es el recto y normal funcionamiento de la administración, con sujeción al sistema de valores proclamado en la Constitución y en consideración de los arts. 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por el segundo se indica el sometimiento al

principio de legalidad de la misma actividad administrativa.

Sería ocioso reproducir en este Auto nuestra jurisprudencia sobre el delito de prevaricación. Tan sólo recordar que para la precisa delimitación del ilícito administrativo y del penal, el Estado de derecho parte de una concepción democrática del poder en el que todos los actos de la administración y del gobierno pueden ser controlados por Jueces y tribunales. El control judicial de la actividad administrativa es realizado por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. También por el penal cuando la actuación del administrador infringe notoriamente los principios consustanciales de una administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios de imparcialidad, objetividad, igualdad de oportunidades, de legalidad, etc. que conforman la actuación administrativa, de acuerdo a los arts. 103 y 106 de la Constitución. En la más reciente jurisprudencia de esta Sala se ha delimitado el requisito típico de la injusticia frente a la mera ilegalidad en la contradicción con la legalidad pero entendiendo por tal la derivada de tomar en consideración los principios y valores constitucionales. El contenido material del delito de prevaricación parte de comprobar que el acto administrativo no sólo contradice el derecho positivo, lo que sería controlado por la propia administración o por la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que, además, requiere que el acto suponga una vulneración de los principios y valores constitucionales. Concretamente, dice la STS 723/2009, de 1 de julio, con cita de otras anteriores, "se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución...".

Desde esta perspectiva las afirmaciones del querellante sobre la subsunción en el delito de prevaricación carecen de relevancia para su consideración como indicios del delito. Afirma el partido político querellante que la prevaricación del querellado consiste en no abstenerse cuando era procedente dada la relación de parentesco entre él y su hija, apoderada de MATSAU. Además que debió haber advertido las irregularidades del expediente seguido. Analicemos separadamente ambas imputaciones.

Con relación al primer apartado de la imputación, la ausencia de abstención en la ratificación de la concesión del incentivo, es doctrina de esta Sala, expuesta en la STS 189/2008, de 25 de abril, que el incumplimiento de un deber legal de abstención, por sí sólo, no genera el presupuesto fáctico del tipo penal de la prevaricación. "Resolver de otra forma, -dijimos en la antecitada Sentencia- supone la persecución penal de una autoridad [municipal] sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente" y añade, "la infracción de las normas de abstención no supone la comisión de un delito de prevaricación y se compadece mal la consideración del derecho penal como "último ratio" máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional". En este sentido, el ordenamiento jurídico administrativo señala que la no abstención en los casos en que proceda (art. 28.3 LRJAP y PAC Ley 30/92 de 26 de noviembre) no implica, necesariamente la invalidez de los actos en que haya intervenido.

Con relación al segundo presupuesto de la prevaricación, "las irregularidades administrativas cometidas en la tramitación del expediente incoado que no han podido pasar desapercibidas para los funcionarios públicos que tenían obligación de conocer del mismo y que han resuelto sobre la petición de subvención", hemos de partir del hecho de que el querellado interviene en un acto de ratificación de otro acto por el que el órgano competente para la concesión del incentivo ha resuelto, en este caso, de acuerdo a la solicitud. Desde la perspectiva expuesta, la ratificación de un acto ya aprobado en sí mismo no sería constitutivo de prevaricación si el acto que se ratifica no lo fuera. En otros términos, la ratificación que realiza el órgano de gobierno puede ser prevaricadora si actúa la ratificación sobre un acto que se sabe prevaricador, esto es, injustamente resuelto. En todo caso lo que el querellante expresa como "múltiples irregularidades" del proceso de concesión pertenecen al ámbito de actuación y control del órgano administrativo que concede y no

al órgano que ratifica, salvo los supuestos de conocimiento de la prevaricación por el órgano administrativo.

Esa interposición es acorde con la naturaleza de la ratificación en la que el órgano que ratifica no sustituye al órgano que la autoriza, que mantiene su competencia y funciones sobre el acto, sino que supone un plus de control por razón de específicas circunstancias, como la cuantía económica objeto del incentivo concedido. A través de la ratificación se realiza un control limitado de la regularidad de la concesión, la corrección e integridad formal de la documentación precisa para la concesión y la observancia de las normas previstas en el ordenamiento.

El planteamiento de los querellantes es, por otra parte, excesivamente genérico. La jurisdicción penal cuando conoce de una denuncia por delito de prevaricación no es una instancia revisora del acto administrativo, cual órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que procede a comprobar si un concreto hecho denunciado es arbitrario dando lugar a una resolución injusta.

Las irregularidades denunciadas, falta de una firma en el expediente, documentación de correos internos entre funcionarios, son ajenas a la función de control del órgano que ratifica la subvención concedida. La ampliación del montante de la subvención aparece justificada al incluir unas obras que en la primera propuesta no se incluían. De la observancia de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social por la empresa beneficiada con la concesión existe constancia documental en el expediente, (pag. 4 de la propuesta a la Comisión autónoma, expediente 540163, del Tomo 1 de la documentación remitida por el Ministerio fiscal en su informe de la oposición a la admisión).

Otra alegación del querellante, afirmar que la Orden de 9 de diciembre de 2008 altera las bases reguladoras del programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía tampoco alcanza, en principio, la condición de indicio del hecho denunciado, pues, formalmente, tanto el acto administrativo de concesión de 13 de enero de 2009, como la ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 20 de enero de 2009, refieren, de forma expresa,

que la concesión se efectúa de acuerdo a la Orden de 19 de abril de 2007.

Las posibles irregularidades que el querellante denuncia existieron en la fase de instrucción y resolución del expediente administrativo que se incoó con la petición de subvención, deberán ser objeto de control, contencioso-administrativo o penal, si los querellantes lo estiman oportuno ante los órganos de la jurisdicción competente.

Consecuentemente, el delito de prevaricación que los querellantes basan en la falta de abstención y en las irregularidades administrativas que no han podido pasar desapercibidas al órgano de gobierno, no constituye, en el presente caso, presupuesto de la imputación por prevaricación que se realiza. La ausencia de una abstención, caso de que fuera procedente, no integraría la injusticia manifiesta que exige la tipicidad. Además la naturaleza de la ratificación que corresponde al órgano de gobierno, que hemos examinado respecto al acto de concesión, hace que los criterios de legalidad exigibles en este último no sean trasladables, en idéntico contenido, al órgano que ratifica cuya función de fiscalización de la licitud tiene, forzosamente, un contenido distinto. Por último, las irregularidades denunciadas desde la perspectiva que afecta al aforado, no alcanzan la condición de indicios de ilicitud en la medida en que el expediente aparece, en principio, correctamente tramitado en lo que afecta a su ámbito de control y consta la observancia por la empresa solicitante de las obligaciones fiscales y de seguridad social. Todo ello sin perjuicio de que las irregularidades que denuncia puedan ser indagadas ante otros órganos jurisdiccionales competentes por razón del orden jurisdiccional, la materia y el territorio.

CUARTO.- Con relación al delito de tráfico de influencias, también imputado al querellado, ha de recordarse que el tipo penal pretende desterrar de la actuación administrativa ciertas maniobras de corrupción que han podido estar en la conciencia social generalmente admitidas, entre ellas, la práctica de la recomendación. El verbo nuclear de la acción es el de influir, conducta que se realizará cuando suponga una presión psicológica de un funcionario a otro, desechando de su comprensión las meras sugerencias y expresión de deseos. En cada caso concreto

habrá que analizar, desde la perspectiva de la adecuación social, cada acto y comprobar si en cada caso concreto se ha producido una influencia antijurídica subsumible en el tipo penal del tráfico de influencias. En general, existirá influencia en función de la capacidad que una persona tiene para conseguir que otra persona haga su voluntad, no bastando con tener acceso, ni la posibilidad de la mera indicación, sino que tenga la entidad suficiente para entender que ha conformado la voluntad del funcionario por la influencia recibida.

El escrito de querrela no denuncia hechos susceptibles de ser subsumidos en la tipicidad del tráfico de influencias (art. 428), solo conjeturas derivadas de la condición de Presidente de la Junta de Andalucía del aforado, del trabajo de su hija en la empresa y del hecho de realizar visitas a los centros de producción.

3. Responsabilidad patrimonial. Funcionamiento anormal. Dilaciones indebidas y error en la refundición de condenas.

■ **Fecha:** 04/01/2010 - **Jurisdicción:** Contencioso-Administrativo - **Origen:** Audiencia Nacional - **Tipo Resolución:** Sentencia - **Ponente:** Diego Córdoba Castroverde. (Tol 1768571)

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de enero de dos mil diez. Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-administrativo número 536/2008, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Blanca Berriatua Horta, actuando en nombre y representación de D. Belarmino, contra la resolución de 6 de marzo de 2008 por la que se estimó parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia fijándose como indemnización de daños y perjuicios la suma de 46.260 €. Ha sido parte la Administración del Estado asistida y representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado el 11 de

La querrela no participa hechos que puedan ser tenidos como indicios de la comisión del delito de la querrela por lo que también esta subsunción ha de ser rechazada.

FALLO:

LA SALA ACUERDA:

A) Declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de los hechos de la presente querrela por la calidad de aforado ante la misma del querrelado.

B) Se acuerda la inadmisión y archivo de la querrela.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretaria, certifico.

septiembre de 2008 en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que se anule la resolución recurrida y se condene a la Administración Pública a indemnizar al recurrente en las siguientes cantidades:

a) 76.600 € que resultan de restar a los 46.200 € pagados los 122.800 € reclamados que deben ser declarados como indemnización.

b) los intereses de 46.200 € desde la fecha de la reclamación el día 16/01/2006 hasta el día 15 de junio de 2008 fecha de pago.

c) los intereses de 76.600 € desde la fecha de la reclamación inicial el día 16/01/2006 hasta el día que se dicte la sentencia.

d) los intereses que en su caso por mora procesal correspondan y las costas de esta alzada.

SEGUNDO.- La Administración demandada, una vez conferido el trámite pertinente para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la

conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 1 de diciembre de 2009 del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo PONENTE el Magistrado ILMO. SR. D. DIEGO CORDOBA CASTROVERDE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la resolución del 6 de marzo de 2008 por la que se estimó parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia fijándose como indemnización de daños y perjuicios la suma de 46.260 €.

La resolución administrativa fija como antecedentes de hecho relevantes para el caso que nos ocupa, con los que el recurrente se muestra conforme, los siguientes:

1º El recurrente fue condenado por diversas sentencias de los Juzgados de Tarragona, cuyas penas, tras una primera refundición, sumaron un total de 5131 días. Empezó a cumplir dichas penas el 5 de febrero de 1995 y fue licenciado el 14 de agosto de 2004 con lo que los días efectivos de cumplimiento, una vez descontados los abonos y redenciones, fue de 3479 días.

2º El 13 de diciembre de 2000, el recurrente solicitó la acumulación de penas, petición reiterada el 8 de junio de 2002 al no haber sido resuelta la primera solicitud. Por providencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Tarragona de 19 de diciembre de 2002 fue denegada la admisión de la citada solicitud por entender que la competencia correspondía al Juzgado de lo Penal. Contra esta providencia se interpusieron los recursos pertinentes que llegaron hasta el Tribunal Supremo quien por sentencia de 3 de diciembre de 2004 declaró la competencia del Juzgado para resolver la petición formulada.

3º En ejecución de dicha sentencia, el citado Juzgado dictó Auto de 20 de julio de 2005 accediendo a la acumulación de penas por un total de 1944 días, una vez descontados los abonos y redenciones. En consecuencia se

restan de los 3479 días de pena cumplida los 1944 días de pena que debió cumplir, resulta un exceso de cumplimiento de 1535 días.

4º Como indemnización por tal exceso de cumplimiento solicita la cantidad de 153.500 € a razón de 100 € por día.

La resolución administrativa a estimó parcialmente su reclamación reconociéndole una indemnización de 46.260 € por las dilaciones habidas en la tramitación. Dicha resolución consideró que se habían producido graves deficiencias en la tramitación de la solicitud de refundición de condenas que motivaron la prolongación del periodo de cumplimiento de las penas de prisión que le habían impuesto varios Juzgados por un tiempo superior al que le hubiera correspondido cumplir si se hubiera resuelto la refundición en tiempo y forma. Estas dilaciones fueron imputables al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Tarragona que, en su calidad de último órgano sentenciador, tenía atribuida la competencia para efectuar la acumulación jurídica de las penas (art. 76 del Código Penal) y que, sin embargo, no resolvió la primera solicitud de acumulación de penas instada por el hoy recurrente en diciembre de 2000 ni designó abogado y posteriormente, ante una segunda solicitud (en junio de 2002 y diciembre de 2002) el juzgado dictó providencia declarándose incompetente y remitiéndola al juzgado de lo Penal, teniendo que ser finalmente el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de diciembre de 2004 el que declarase la competencia del Juzgado para resolver la acumulación de penas.

A la vista las dilaciones indebidas se fija una indemnización a razón de 60 € diarios, lo que determina una cantidad de 46.260 € que se establece como indemnización de daños y perjuicios por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

SEGUNDO.- En el presente recurso no se discute la existencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, reconocido en la propia resolución administrativa, sino que la discrepancia se centra por un lado, en el periodo que ha de tomarse como funcionamiento anormal y la causa que lo motiva,; y por otro en el importe de la indemnización que le corresponde.

El recurrente, al margen de reservarse las acciones para el reconocimiento de los posibles errores judiciales que hayan podido

existir, se muestra su desacuerdo con la resolución impugnada en relación con dos aspectos concretos:

1º La Administración reconoce un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que concreta en las paralizaciones del procedimiento, pero olvida que durante la mayor parte del trámite substanciado en primera instancia el recurrente no dispuso de asistencia letrada, en concreto desde que solicitó por vez primera la acumulación de penas el día 13 de diciembre de 2000 hasta que el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Tarragona dictó el Auto de 23 de octubre de 2003, pese a que el recurrente había solicitado en su primer escrito la designación de Abogado y Procurador. Esta falta de asistencia jurídica constituye, a su juicio, una causa de nulidad del procedimiento (art. 238.3 de la LOPJ) que vulnera su derecho fundamental de tutela judicial efectiva, su derecho a la defensa y a la asistencia letrada que determinan un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Ello implica, a su juicio, la nulidad del Auto de 23 de octubre de 2003 y la retroacción del trámite al 13 de diciembre de 2000 para poder plantear técnicamente la petición de acumulación de penas, así se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004.

De ahí que considera que la inactividad va mucho más allá de los periodos reconocidos en la resolución administrativa, iniciándose el día 13 de diciembre de 2000 en que el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Tarragona estuvo en disposición de subsanar la indefensión del recurrente hasta el 20 de julio de 2005 que resolvió mediante Auto, por lo que el tiempo de inactividad sería de 1679 días que superarían los 1535 de exceso de condena cumplidos.

2º Considera que no puede desvincularse el mal funcionamiento de la Administración de Justicia del exceso de condena padecido. El Juez que dictó la última sentencia debía haber procedido de oficio a la aplicación de las normas sobre la acumulación de penas (art. 988 de la LECRI) y tampoco procedió a la acumulación cuando la solicitó el hoy recurrente, que finalmente fue acordada por Auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2005.

Considera que cualquiera que sea el criterio que se utilice la indemnización debe fijarse en razón de los 1535 días de condena que cumplió en exceso y la indemnización debe estar referida a este tiempo y a los daños morales generados por la prolongación indebida de su internamiento en prisión teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares (edad, estado civil, personas a su cargo, status social y económico). Por todo ello fija una cuota diaria de 80 € que aplicados a los 1535 días resultan 122.800 €. El recurrente ha percibido, por la estimación parcial en vía administrativa, la suma de 46.200 € pero reclama los intereses legales de dicha suma desde el día que formuló su reclamación inicial (16 de enero de 2006) hasta su efectivo pago (15 de junio de 2008) así como los intereses legales de la diferencia que ahora se reclama (76.600 €) desde la fecha de la presentación de su reclamación hasta la fecha de la sentencia, sin perjuicio de los intereses de demora que pudieran haber en el pago de dicha suma.

TERCERO.- Para poder dar respuesta a las cuestiones planteadas es preciso partir de que nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 CE), después de recoger en el art. 106.2 el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, contempla de manera específica en el art. 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, reconociendo el derecho a la indemnización de los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Y es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, expresada, por ejemplo, en la sentencia de 18 de abril de 2000 (rec. 1311/1996), la que sostiene que "el error judicial consiste, en los términos que ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 16 de junio de 1995, 6 de mayo de 1996, 26 de junio de 1996 y 13 de julio de 1999, entre otras, y sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992), en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo

aceptable en la práctica judicial (sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 2 de julio de 1999). El funcionamiento anormal abarca, por su parte, cualquier defecto en la actuación de los juzgados y tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades.

El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está sujeto en nuestro ordenamiento jurídico a un tratamiento diferenciado respecto del error judicial. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del art. 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en el art. 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Es por ello que cuando la parte considera que la actuación del juzgado o tribunal a la que le es imputable el daño que se reclama procede de una o varias decisiones judiciales, dictadas en el curso de un procedimiento o en ejecución del mismo, y cuyo contenido se reputa contrario al ordenamiento jurídico, está planteando un supuesto de responsabilidad patrimonial por error judicial y no por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El error judicial no solo es posible imputarlo, como es la regla general, a las Sentencias y Autos dictados en el curso de un procedimiento sino también a las providencias que se dicten en el mismo en cuanto decisorias de determinadas peticiones de la partes en el curso del proceso o en ejecución de la sentencia, así la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de mayo de 1989 ha tenido ocasión de señalar que "en la ejecución de sentencias el error puede derivar de cualquiera de los actos procesales que la integran".

El recurrente argumenta que existió un funcionamiento anormal por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Tarragona al no haber procedido de oficio a la aplicación de las normas sobre la acumulación de penas y al no haberle designado Abogado de oficio, tal y como solicitó. Lo cierto es que a la vista

de las resoluciones judiciales dictadas en dicha causa el juzgado consideró que no era el órgano competente para resolver sobre la acumulación solicitada y que las penas impuestas en las diferentes causas no eran acumulables a la pena impuesta por este y así lo decidió en dos resoluciones judiciales: lo primero por providencia de 19 de diciembre de 2002, que no admitió la solicitud al no considerarse competente para el cálculo del límite de las penas por entender que el competente era el Juzgado de lo Penal; y lo segundo por Auto de 23 de octubre de 2003 denegando la acumulación de penas. Se trata, en definitiva, de dos resoluciones jurisdiccionales en las que se resolvió la petición de acumulación formulada del recurrente en base a consideraciones jurídicas que no pueden comprenderse como un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Es cierto que estas decisiones jurisdiccionales fueron revocadas por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004 en la que se consideró, en base a la interpretación del art. 988 de la LECRI, que las penas eran acumulables y que el órgano competente para hacerlo era el Juzgado que dictó la última sentencia, por lo que se ordenó la anulación del Auto impugnado y se acordó la devolución de actuaciones al mismo. Pero la anulación de unas decisiones jurisdiccionales no determina un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La utilización de los recursos legalmente establecidos es el cauce marcado en nuestro ordenamiento jurídico para revisar las decisiones jurisdiccionales y, en su caso, para anularlas sin que la mera revocación de las mismas pueda generar una responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal, salvo que se constate por los cauces establecidos la existencia de un error judicial.

CUARTO.- Por lo que respecta a la falta de nombramiento de Abogado de oficio, solicitado en el inicial escrito dirigido al Juzgado y fechado 13 de diciembre de 2000, se constata que el Juzgado no resolvió esta petición inicialmente produciéndose una dilación, pero ello ya ha sido contemplado por la resolución administrativa como un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El recurrente volvió a reiterar su petición de acumulación mediante escrito de 8 de junio de 2002 y el Juzgado dictó provi-

dencia, fechada el 19 de diciembre de 2002, que no admitió la solicitud al no considerarse competente para el cálculo del límite de las penas por entender que el competente era el Juzgado de lo Penal y finalmente el Juzgado dictó Auto de 23 de octubre de 2003 denegando la acumulación de penas.

El Tribunal Supremo por sentencia de 10 de diciembre de 2004 consideró que las penas eran acumulables y que el órgano competente para hacerlo era el Juzgado que dictó la última sentencia ordenando la anulación del Auto impugnado y acordando la devolución de actuaciones al Juzgado. En esta misma sentencia del Tribunal Supremo también consideró que el expediente se había tramitado sin que el recurrente estuviese asistido de letrado por lo que se debería nombrar Abogado al recurrente y tras la tramitación del expediente, se dictase otra resolución que resolviese sobre la acumulación de penas en su día solicitada por el recurrente.

La falta de nombramiento de un Abogado de oficio no guarda relación con los daños reclamados, pues ni fue determinante de la decisión jurisdiccional por la se declaraba incompetente para conocer de la misma ni justificó el posterior pronunciamiento anula-

torio del Tribunal Supremo que se basó en la jurisprudencia existente y en la interpretación del art. 988 de la LECri para entender que debía retrotraer las actuaciones por considerar que era el órgano judicial competente para resolver sobre la acumulación solicitada.

Es por ello que el exceso de cumplimiento de pena no guarda relación con el funcionamiento anormal apreciado ni consiguientemente puede dar lugar a una responsabilidad patrimonial en los términos solicitados por el recurrente.

QUINTO.- A los efectos previstos en el art. 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLO:

QUE PROCEDE DESESTIMAR el recurso interpuesto por D. Belarmino, contra la resolución de 6 de marzo de 2008, sin hacer expresa condena en costas.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

otras novedades jurisprudenciales

Privado

INCONGRUENCIA extra petita. INEFICACIA DE LA DISPOSICION TESTAMENTARIA que pretende evitar el cómputo de una donación. La donación inter vivos se computa para el cálculo de la legítima, lo que es indisponible. LEGITIMA Estricta. Legado de liberación (Tol 1773349)

Incumplimiento de contrato. Rendición de cuentas. Error en la valoración de la prueba. Incongruencia. - Voces: CONTABILIDAD, NULIDAD, OBLIGACIONES DE HACER, OBLIGACIONES DE NO HACER, REPRESENTACIÓN PROCESAL, Asamblea, APELACIÓN, JUICIO ORDINARIO, RECURSO..... (Tol 1773351)

CONTRATO DE SEGURO. Reclamación de la indemnización acordada en un contrato de incendio/ Todo riesgo y garantías adicionales. Interpretación del contrato de seguro. Cláusula "valor nuevo". Intereses moratorios del Art. 20 LCS. - Voces: CONTRATO DE SEGURO (Tol 1773354)

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: Lesiones al caer por la escalera de la suite de un hotel de lujo sin luz y cuyo alumbrado de emergencia no funcionó. Víctima que no era huésped del hotel, acompañaba a quien sí lo era y, mientras éste iba (Tol 1768856)

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Acción de cesación. Nulidad de cláusulas-tipo de contratos bancarios que resultan abusivas para los usuarios de los servicios. - Voces: ARRENDAMIENTO, ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA, ARRENDAMIENTO FINANCIERO, ARRENDAMIENTOS, ACUMULACION (Tol 1775659)

OBLIGACIONES SOLIDARIAS Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR OBLIGACIÓN DE OTRO: Pleito anterior en el que se condena a un sujeto por incumplimiento de contrato de compraventa de la totalidad de las acciones de dos sociedades y a otros como responsables solidas (Tol 1768854)

Laboral

Despido: calificación. Aplicación al caso de la legislación venezolana. Existencia de despido "indirecto" o tácito. Nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad. Determinación del salario a efectos indemnizatorios. Falta de relación precisa (Tol 1773184)

Penal

Causa especial contra magistrado. Admisión de querrela por presuntos delitos de prevaricación y contra las garantías de la intimidad cometidas durante la tramitación de las diligencias del caso Gürtel. Improcedente dejar investigar para no influir en otra (Tol 1782334)

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. No se aprecia delito ecológico. Doloso. Art. 325. Principio acusatorio. Vertido puntual. Soto separado del río. - Voces:

ACTOS ADMINISTRATIVOS, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS, CONTRATO DE SEGURO (Tol 1783022)

Lesiones a causa del ruido. Delito contra el medio ambiente y delitos de lesiones. Norma penal en blanco y normas complementarias. Normas territoriales. Igualdad y seguridad jurídica. Cuestión prejudicial contencioso-administrativa. Denegación de pruebas..... (Tol 1769909)

Delito de homicidio por imprudencia grave. No se aprecia muerte imprudente. Madre que muere por falta de antelación. No exigibilidad. Estado de sumisión. Falta relación causalidad. - Voces: ADOPCIÓN, CIRCUNSTANCIA MIXTA, CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO (Tol 1783023)

Violencia de Género. Declaración espontánea ante policías. Lesiones coherentes. Validez de la declaración de los policías. - Audiencia Provincial de Alicante - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: VICENTE MAGRO SERVET (Tol 1783660)

Causa especial contra Senador. Sobreseimiento. Delitos de realización arbitraria del propio derecho y allanamiento de despacho profesional u oficina. No se aprecia delito. Entrada en domicilio conyugal tras suspensión voluntaria de la convivencia para (Tol 1782939)

Delitos de robo con violencia e intimidación, Agresión sexual y Violación. Uso de instrumento peligroso. Abuso de superioridad y Alevosía. Víctima que va acompañada de un menor de edad. Ascensor. - Voces: ABORTO, AMENAZAS, ATENTADOS, CIRCUNSTANCIA ATENUANTE (Tol 1782878)

Causa Especial contra aforado (Presidente autonómico). Archivo de querrela por prevaricación. Tráfico de influencias. Deslinde administrativo-penal. Faltan elementos típicos. - Voces: ACTO ADMINISTRATIVO, AVALES, CAPACIDAD DE LA PERSONA, COHECHO, COMPETENCIA..... (Tol 1779148)

*Delito de actividades prohibidas a los funcionarios. Tipicidad. Elementos. Juez prede-terminado por ley. - Voces: ACTIVIDADES PROHIBIDAS, ADOPCIÓN, AFORADOS, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS, CONCESIONES ADMINISTRATIVAS, APELACIÓN, COMPETENCIA, COSTAS PROCESALES (Tol 1781374)

Causa especial. Querrela contra magistrado. Denegación de sobreseimiento. Memoria histórica. Delito de prevaricación por iniciar y prolongar un procedimiento penal por delitos prescritos y amnistiados. Falta de competencia. - Voces: ADOPCIÓN, AFORADOS..... (Tol 1783251)

Financiero

PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A LIQUIDAR POR FALTA DE EFECTO INTERRUPTIVO DE LA LIQUIDACIÓN ANULADA POR EL TEAC: IMPROCEDENCIA TODA VEZ QUE NO ESTAMOS ANTE UN SUPUESTO DE NULIDAD DE PLENO DERECHO. LAS ACTUACIONES REALIZADAS EN EJECUCIÓN (Tol 1773148)

Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la autorización y retirada del medicamento AGREAL. Responsabilidad concurrente del laboratorio titular de la autorización -SANOFI-AVENTIS, S.A.- - Voces: ABORDAJE, ACTO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRATIVO (Tol 1773143)

Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un (Tol 1769951)

IRPF. Obligación real o personal de contribuir: requisitos. Prueba de la residencia fiscal. 28/01/10- Voces: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, ANULABILIDAD, COPROPIEDAD, ELECTRICIDAD, IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO, IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS (Tol 1781196)

Público

PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A LIQUIDAR POR FALTA DE EFECTO INTERRUPTIVO DE LA LIQUIDACIÓN ANULADA POR EL TEAC: IMPROCEDENCIA TODA VEZ QUE NO ESTAMOS ANTE UN SUPUESTO DE NULIDAD DE PLENO DERECHO. LAS ACTUACIONES REALIZADAS EN EJECUCIÓN DE (Tol 1773148)

Ejecución provisional de sentencia en la que se anulan algunas determinaciones de las Normas Subsidiarias de Planeamiento. A diferencia de lo que sucede con la ejecución definitiva, no pueden instar la ejecución provisional de la sentencia quienes no han..... (Tol 1768697)

Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un (Tol 1769951)

Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la autorización y retirada del medicamento AGREAL. Responsabilidad concurrente del laboratorio titular de la autorización -SANOFI-AVENTIS, S.A.- - Voces: ABORDAJE, ACTO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRATIVO (Tol 1773143)

Constratos del Estado. Solicitud de actualización de precios de presupuesto inicial de obra complementaria de proyecto anterior contratada sin revisión de precios por el procedimiento negociado sin publicidad del artº 141.1.d) del Real Decreto 2/2000..... (Tol 1781321)

Farmacias. Modificación de los servicios de urgencia adoptada de modo unilateral por los farmacéuticos del área Farmacéutica. Decisión de la Consejería que archiva petición del Ayuntamiento afectado por causa sobrevenida al haber transcurrido el tiempo (Tol 1781320)

Responsabilidad patrimonial. Funcionamiento anormal. Dilaciones indebidas y error en la refundición de condenas. - Voces: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, DAÑOS, ESTADO CIVIL, NULIDAD, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, TUTELA, Aplicación de las normas, ACUMULACION (Tol 1768571)

Proceso civil

INCONGRUENCIA extra petita. INEFICACIA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA que pretende evitar el cómputo de una donación. La donación inter vivos se computa para el cálculo de la legítima, lo que es indisponible. LEGÍTIMA ESTRUCTA. Legado de liberación (Tol 1773349)

UNION DE HECHO. Concepto. PREMIO DE LOTERIA: sólo sería común si se prueba la existencia de una comunidad de bienes. CASACION: Función: no es revisar la cuestión fáctica, ni hacer supuesto de la cuestión. - Voces: ABUSO DE DERECHO, ABUSO DEL DERECHO, APELACION (Tol 1781437)

Incumplimiento de contrato. Rendición de cuentas. Error en la valoración de la prueba. Incongruencia. - Voces: CONTABILIDAD, NULIDAD, OBLIGACIONES DE HACER, OBLIGACIONES DE NO HACER, REPRESENTACIÓN PROCESAL, Asamblea, APELACIÓN, JUICIO ORDINARIO, RECURSO..... (Tol 1773351)

CONTRATO DE SEGURO. Reclamación de la indemnización acordada en un contrato de incendio/ Todo riesgo y garantías adicionales. Interpretación del contrato de seguro. Cláusula "valor nuevo". Intereses moratorios del Art. 20 LCS. - Voces: CONTRATO DE SEGURO (Tol 1773354)

Contrato de ejecución de obra. Incumplimientos sucesivos: resolución. Causa resolutoria pactada. Motivación de sentencia y valoración de la prueba. - Voces: AVALES, CONTRATO DE OBRA, CONTRATO DE OBRAS, DAÑOS, IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO, APELACIÓN (Tol 1781436)

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Acción de cesación. Nulidad de cláusulas-tipo de contratos bancarios que resultan abusivas para los usuarios de los servicios. - Voces: ARRENDAMIENTO, ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA, ARRENDAMIENTO FINANCIERO, ARRENDAMIENTOS, ACUMULACION (Tol 1775659)

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: Lesiones al caer por la escalera de la suite de un hotel de lujo sin luz y cuyo alumbrado de emergencia no funcionó. Víctima que no era huésped del hotel, acompañaba a quien sí lo era y, mientras éste iba (Tol 1768856)

OBLIGACIONES SOLIDARIAS Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR OBLIGACIÓN DE OTRO: Pleito anterior en el que se condena a un sujeto por incumplimiento de contrato de compraventa de la totalidad de las acciones de dos sociedades y a otros como responsables solidarios (Tol 1768854)

novedades legislativas

novedades destacadas

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (Tol 1782990)

Real Decreto 192/2010, de 26 de febrero, de modificación del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, y del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección (Tol 1782905)

Privado

Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (Tol 1782902)

Laboral

Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado (Tol 1769971)

Real Decreto 130/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en la corporación RTVE, S.A., y en las sociedades mercantiles estatales TVE, RNE (Tol 1775227)

Financiero

Resolución de 12 de enero de 2010, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2010 (Tol 1783250)

Real Decreto 191/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio (Tol 1782904)

Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria (Tol 1782903)

Real Decreto 192/2010, de 26 de febrero, de modificación del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, y del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección (Tol 1782905)

**novedades
bibliográficas**



Privado

"Protección de datos de carácter personal".....	(Tol 1783119)
"Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos"	(Tol 1783120)
"Manual Práctico del Abogado"	(Tol 1783133)
"El Error Judicial Cómo reclamar y ante quién"	(Tol 1783134)
"La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz"	(Tol 1783135)
"Derecho Procesal Civil I. El Proceso de Declaración. Parte General"	(Tol 1783136)
"La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil"	(Tol 1783137)
"La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia"	(Tol 1783143)
"Nuevas aportaciones sobre Derecho de marcas y Derecho concursal"	(Tol 1783144)

Laboral

"La competición global por el talento"	(Tol 1783148)
"Procedimiento laboral Texto refundido"	(Tol 1783147)
"Guía práctica de Derecho Laboral y Seguridad Social"	(Tol 1783146)

Penal

"Casos prácticos de Derecho penal"	(Tol 1783129)
"El delito de usurpación del estado civil"	(Tol 1783132)
"Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito"	(Tol 1783131)
"Aspectos fundamentales de derecho procesal"	(Tol 1783130)

Financiero

"Las medidas cautelares tributarias"	(Tol 1783151)
"Memento IVA 2010"	(Tol 1783152)
"Gobernanza democrática y fiscalidad"	(Tol 1783149)
"Temas prácticos de derecho tributario"	(Tol 1783150)

Público

"La violencia de género en el contenido de los estatutos de autonomía"	(Tol 1783124)
"La publicidad de los actos urbanísticos"	(Tol 1783125)
"Reducir el Papeleo. Comparación Internacional de las Cargas Administrativas."	(Tol 1783127)
"La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos"	(Tol 1783128)
"Estado Democrático y Elecciones Libres: Cuestiones Fundamentales de Derecho Electoral"	(Tol 1783138)
"Derecho internacional económico"	(Tol 1783139)
"El desarrollo del Derecho civil Autonómico en el Marco Constitucional"	(Tol 1783118)
"El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración"	(Tol 1783141)
"Derecho de la Unión Europea"	(Tol 1783142)
"Práctica Contencioso-Administrativa en materia de Extranjería"	(Tol 1783145)
"Legislación sobre tráfico, circulación y seguridad vial"	(Tol 1783123)

"Contratos del sector público" (Tol 1783122)
 "La Dictadura de la Incompetencia" (Tol 1783121)
 "Instituciones y derecho de la Unión Europea" (Tol 1783140)

Proceso civil

"El Error Judicial Cómo reclamar y ante quién" (Tol 1783134)
 "La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz" (Tol 1783135)
 "Derecho Procesal Civil I. El Proceso de Declaracion. Parte General" (Tol 1783136)
 "La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil" (Tol 1783137)
 "Nuevas aportaciones sobre Derecho de marcas y Derecho concursal" (Tol 1783144)
 "Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos" (Tol 1783120)
 "Protección de datos de carácter personal" (Tol 1783119)
 "La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia" (Tol 1783143)