

# MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE ACCESO A LA ABOGACÍA

## MEMENTO PRÁCTICO ACCESO A LA ABOGACÍA

Obra colectiva, realizada por iniciativa y  
bajo la coordinación de Francis Lefebvre

### COORDINACIÓN GENERAL:

Antonio Jesús Alonso Timón Profesor Adjunto Derecho Administrativo. Director Master Acceso Abogacía. Univ. Pontificia Comillas

### PARTE 1. ORGANIZACIÓN COLEGIAL Y PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

Coordinación: María José López Álvarez (Profesora Ordinaria Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Univ. Pontificia Comillas)

### PARTE 2. DEONTOLOGÍA, DERECHOS Y DEBERES Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Coordinación: Miguel Grande Yáñez (Profesor Agregado Filosofía del Derecho. Univ. Pontificia Comillas)

### PARTE 3. INSTRUMENTOS PRACTICOS PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

Coordinación: Cristina Carretero González (Profesora Agregada Derecho Procesal. Univ. Pontificia Comillas)

### PARTE 4 . ESTRATEGIA PROCESAL Y LITIGACIÓN

Coordinación: Sara Díez Riaza (Profesora Agregada Derecho Procesal. Univ. Pontificia Comillas);

Marta Gisbert Pomata (Profesora Agregada Derecho Procesal. Univ. Pontificia Comillas)

### AUTORES POR ORDEN ALFABÉTICO

**TOMÁS JOSÉ ACOSTA ÁLVAREZ:** Abogado. Asociado Principal Uría Menéndez

**JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES:** Profesor Ordinario Filosofía del Derecho. Univ. Pontificia Comillas

**ANTONIO JESÚS ALONSO TIMÓN:** Profesor Adjunto Derecho Administrativo. Director Master Acceso Abogacía. Univ. Pontificia Comillas

**M<sup>a</sup> ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ:** Profesora Ordinaria Derecho Constitucional. Univ. Pontificia Comillas

**EDUARDO ASENSI PALLARÉS:** Abogado. Socio Director Asjusa Letramed

**ESTEBAN ASTARLOA HUARTE MENDICOA:** Abogado

**MARTA BALLESTROS MUÑOZ:** Letrada Consejo General Abogacía Española

**MARÍA ANGELES BENGOCHEA GIL:** Profesora Asociada Filosofía del Derecho. Univ. Pontificia Comillas

**LUIS BUENO OCHOA:** Abogado. Profesor Colaborador Asistente Filosofía del Derecho. Univ. Pontificia Comillas

**MARÍA BURZACO SAMPER:** Profesora Agregada Derecho Administrativo. Univ. Pontificia Comillas

**LUIS DE CARLOS BERTRÁN:** Abogado. Socio Director. Uría Menéndez

**CRISTINA CARRETERO GONZÁLEZ:** Profesora Agregada Derecho Procesal. Univ. Pontificia Comillas

**DOLORES CARRILLO MÁRQUEZ:** Profesora Agregada Derecho del Trabajo y SS. Univ. Pontificia Comillas

**ÍÑIGO CID-LUNA CLARES:** Abogado. Asjusa Letramed.

**ISMAEL CLEMENTE CASAS:** Socio. Uría Menéndez

**MANUEL DELGADO QUIRÓS:** Director General Administración y Finanzas. Garrigues

**MANUEL DÍAZ BAÑOS:** Abogado. Cuatrecasas

**SARA DÍEZ RIAZA:** Profesora Agregada Derecho Procesal. Univ. Pontificia Comillas

**PABLO DOÑATE GAZAPO DE BADIOLA:** Abogado. Ashurst

**ALICIA DUÑAITURRIA LAGUARDA:** Profesora Asociada Historia del Derecho. Univ. Pontificia Comillas

**CELIA DÍAZ DURÁN:** Gerente RR HH. Garrigues

**ELIA ESTEBAN Y GARCÍA-ABOAL:** Abogada. Letrada asesora de empresas.

**MARINA FERRER CALVO:** Asesora Lingüística. Directora Unión Correctores

**ÓSCAR FRANCO PUJOL:** Abogado. Ashurst

**ADELA GARCÍA DE TUÑÓN:** Abogada. HR Manager. Hogan Lovells

**MANUEL GIMENEZ RASERO:** Abogado. Areilza Abogados

**MARTA GISBERT POMATA:** Profesora Agregada Derecho Procesal. Univ. Pontificia Comillas

**M<sup>a</sup> JESÚS GONZÁLEZ-ESPEJO GARCÍA:** Abogada. Socia Directora. EmprendeLaw

**MARTA GRANDE SANZ:** Letrada. Canal Isabel II

**ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR:** Abogada experta en arbitraje internacional

**ANA HIGUERA GARRIDO:** Abogada. Fundación Fernando Pombo

**DANIEL JIMÉNEZ GARCÍA:** Abogado. Socio Director Área Dispute Resolution. Ashurst

**MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ:** Profesora Ordinaria Derecho del Trabajo y SS. Univ. Pontificia Comillas

**MÓNICA LÓPEZ MONIS:** Abogado del Estado. Directora de Cumplimiento. Banco Santander

**LUCÍA LORENTE LÓPEZ:** Abogada. Directora Corporativa. Hogan Lovells

**ESTHER LUMBRERAS SANCHO:** Abogada. Uría Menéndez

**ALFONSO MELÓN MUÑOZ:** Abogado del Estado

**FEDERICO DE MONTALVO JAASKELAINEN:** Profesor Agregado Derecho Constitucional. Univ. Pontificia Comillas

**ALVARO MUÑOZ LLINÁS:** Abogado

**ELISABETH DE NADAL CLANCHET:** Abogada. Socia. Cuatrecasas

**ÍÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL:** Profesor Ordinario Derecho Civil. Univ. Pontificia Comillas

**IGOR PINEDO GARCÍA:** Abogado. Asjusa Letrased

**JESÚS QUESADA RUIZ:** Abogado. Clifford Chance

**LOURDES RAMOS BANUS:** Abogada. Directora RRHH. Garrigues

**RAFAEL DEL ROSAL GARCÍA:** Abogado. Letrado Jefe del Departamento de Deontología. Colegio de Abogados de Madrid

**CARMEN TEMPRANO VÁZQUEZ:** Abogado. Ramón Herosilla

**JAVIER TORTUERO ORTIZ:** Abogado. Socio. Uría Menéndez

**DIONISIO URÍA RONSMANS:** Abogado. Director de Comunicación y Relaciones Institucionales. Uría Menéndez

**FRANCISCO VALIENTE MARTÍNEZ:** Formador en Técnicas de Debate, Oratoria y Comunicación. Univ. Pontificia Comillas

**Fecha de edición: 15 de julio de 2018**

© FRANCIS LEFEBVRE

LEFEBVRE-EL DERECHO, S.A.

Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid

www.efl.es

<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCAA</b>	Comunidades autónomas
<b>CCoI</b>	Convenio colectivo

<b>CCom</b>	Código de Comercio
<b>CDA</b>	Código Deontológico de la Abogacía Española
<b>CDAUE</b>	Código Deontológico de los Abogados Europeos
<b>CDC</b>	Código de Derecho canónico
<b>CEst</b>	Consejo de Estado
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>Circ</b>	Circular
<b>CNMC</b>	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
<b>CNMV</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores
<b>CNUDMI</b>	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<b>Const</b>	Constitución Española
<b>CP</b>	LO 10/1995, Código Penal
<b>D</b>	Decreto
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DGTr</b>	Dirección General de Trabajo
<b>DGSJE</b>	Dirección General del Servicio Jurídico del Estado
<b>Dict</b>	Dictamen
<b>DOUE</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>EGAE</b>	RD 658/2001, Estatuto general de la abogacía española
<b>ET</b>	RDLeg 2/2015, Texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores
<b>ETT</b>	Empresa de Trabajo Temporal
<b>FOGASA</b>	Fondo de Garantía Salarial
<b>Inf</b>	Informe
<b>Instr</b>	Instrucción
<b>IPC</b>	Índice de precios al consumo
<b>IPREM</b>	Indicador público de renta de efectos múltiples
<b>JCA</b>	Juzgado de lo contencioso administrativo
<b>JCCA</b>	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
<b>JM</b>	Juzgado mercantil
<b>JPI</b>	Juez de Primera Instancia
<b>JS</b>	Juzgado social
<b>L</b>	Ley
<b>LAJG</b>	L 1/1996, de asistencia de justicia gratuita
<b>LArb</b>	L 60/2003, de arbitraje
<b>LBRL</b>	L 7/1985, de bases del régimen local
<b>LCD</b>	L 3/1991, de competencia desleal
<b>LCon</b>	L 22/2003, concursal
<b>LCS</b>	L 50/1980, de contrato de seguro
<b>LDC</b>	L 15/2007, de defensa de la competencia
<b>LEC</b>	L 1/2000, de enjuiciamiento civil
<b>LEC/1881</b>	RD 3-2-1881, de enjuiciamiento civil
<b>LECr</b>	RD 14-9-1882, de enjuiciamiento criminal
<b>LEF</b>	L 16-12-1954, de expropiación forzosa
<b>LGDCU</b>	RDLeg 1/2007, general para la defensa de los consumidores y usuarios
<b>LGP</b>	L 47/2003, general presupuestaria
<b>LGSS</b>	RDLeg 8/2015, Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social
<b>LGT</b>	L 58/2003, general tributaria
<b>LH</b>	L 8-2-1946, hipotecaria
<b>LHL</b>	RDLeg 2/2004, Texto refundido de la Ley de haciendas locales
<b>LJCA</b>	L 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa

<b>LJV</b>	L 15/2015, de la jurisdicción voluntaria
<b>LOFAGE</b>	L 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado
<b>LOPJ</b>	LO 6/1985, del Poder Judicial
<b>LOTIC</b>	LO 2/1979, del Tribunal Constitucional
<b>LPAC</b>	L 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas
<b>LPI</b>	RDLeg 1/1996, Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual
<b>LRJPAC</b>	L 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
<b>LRJS</b>	L 36/2011, reguladora de la jurisdicción social
<b>LRJSP</b>	L 40/2015, de régimen jurídico del sector público
<b>OM</b>	Orden Ministerial
<b>RD</b>	Real decreto
<b>RDL</b>	Real decreto-ley
<b>RDLeg</b>	Real decreto legislativo
<b>Resol</b>	Resolución
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>RM</b>	Registro Mercantil
<b>RN</b>	Reglamento Notarial (D 2-6-1944)
<b>SMI</b>	Salario mínimo interprofesional
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEAC</b>	Tribunal Económico Administrativo Central
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>UE</b>	Unión Europea

# PARTE I

## Organización colegial y profesional de la abogacía

### CAPÍTULO I

## Fuentes de la regulación del ejercicio de la abogacía

100	A. Constitución Española	104
	B. Ley Orgánica del Poder Judicial. Demarcación y planta judicial	110
	C. Código Penal. Prevención de blanqueo de capitales	115
	D. Ley de Enjuiciamiento Criminal	130
	E. Leyes administrativas	131
	F. Ley de Enjuiciamiento Civil	132
	G. Ley sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador y su desarrollo	135
	H. Legislación de colegios profesionales	140
	I. Estatuto General de la Abogacía Española	154
	J. Normativa sobre deontología	165
	K. Determinadas peculiaridades mercantiles y laborales: Ley de sociedades profesionales. Relación laboral especial abogados	166
	L. Ejercicio de la abogacía en la Unión Europea	170
	M. Ley de asistencia jurídica gratuita	172
102	La <b>dispersión de las normas</b> que regulan el ejercicio de la abogacía en nuestro ordenamiento jurídico hace necesario seleccionar, para este capítulo, las más destacables, en orden a facilitar el conocimiento global de la normativa que incide en el ejercicio de esta actividad profesional.	

Por otro lado, el ejercicio de la abogacía se nutre de la labor de los propios abogados quienes, en su **actividad profesional**, crean derecho y, a su vez, el abogado utiliza constantemente, como fuente formal, la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, así como la jurisprudencia de forma complementaria.

### A. Constitución Española

- 104 La potestad legislativa del Estado se ejerce conforme a lo previsto en la Constitución, como norma superior de nuestro ordenamiento jurídico, si bien ha de tenerse presente la **Declaración Universal de Derechos Humanos** y principales tratados y acuerdos internacionales sobre los derechos fundamentales que la referida Declaración reconoce, ratificados por España; el Tribunal Constitucional determina que todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y a los **derechos fundamentales**. Los profesionales y, en concreto, la abogacía, como actores del ejercicio de esta profesión y observadores privilegiados en virtud de su cercanía a los destinatarios del servicio público de la Justicia, colaboran con el legislador, que es quien decide, en la medida que ponen sus consideraciones a su disposición y se implican en las soluciones, en aras de velar por la **seguridad jurídica** y la **estabilidad legislativa** inherentes a un auténtico estado de derecho. Además, el abogado es **colaborador necesario** de la función jurisdiccional y su rol contribuye, activamente, a mejorar la calidad de la Justicia.

En consecuencia de todo lo anterior, es esencial ir actualizando la regulación de la profesión de abogado y, en determinados aspectos, como el control de la profesión, mantener el principio de la **autorregulación** de la abogacía como un pilar básico para garantizar la independencia de los abogados, respecto incluso del Estado.

El abogado, como los jueces y magistrados, ha de sentirse libre y ejercer su profesión con independencia y, una vez que haya aceptado al cliente, asumir el deber de la **defensa técnica** de los intereses de este con ausencia de la presión interna de su propio interés, ni siquiera el económico, o externa, respecto de su cliente, del juez o de la influencia de terceros. En numerosas ocasiones, la **opinión pública** no comprende que el ejercicio de la defensa no supone la solidarización del abogado con la conducta presuntamente reprochable del cliente.

Tanto en la actividad judicial como en la extrajudicial, este derecho-deber deriva del propio derecho de defensa del ciudadano ( Const art.24 ). Este principio constitucional es garante del derecho de todas las personas a obtener **tutela judicial efectiva** de los jueces y tribunales, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Este derecho se concreta, a su vez, en otros muchos como son los de: la asistencia letrada, a ser informados de la acusación en su contra, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba

pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley puede regular los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos (en relación con LOPJ art.542.3 , LECr art.263 , CP art.199 -revelación de secreto- y 467 -deslealtad profesional- ). En virtud de la Const art.17.3 se garantiza la **asistencia de abogado al detenido** en las diligencias policiales y judiciales.

#### Precisiones

En relación a los **riesgos para su independencia**, desde la perspectiva del derecho-deber de **secreto profesional** del abogado, dentro de la ponencia sobre el derecho de defensa en el X Congreso Nacional de la Abogacía, se impulsó la necesidad de detallar más su regulación con reflejo en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (nº 130 ). En dicho Congreso, se subrayó la necesidad de que el abogado fuera independiente, tanto a la hora de aceptar o no los asuntos y a su permanencia como defensa técnica en los mismos -salvo que se tratase de defensas de oficio- como de garantizar su **libertad de defensa** obviando conflictos de intereses, incompatibilidades y cumplimiento de la confidencialidad y del secreto profesionales (*Luis Rodríguez Ramos*).

- 106 En edición anterior de este Memento, se había señalado la urgencia, a través de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de regular con precisión y eficacia el respeto a los **secretos externo e interno** de la instrucción penal, recogidos en la LECr art.301 y 302 (nº 126 y nº 130 ), con frecuencia transgredidos en los medios de comunicación y, en conflicto con la Const art.20 que se refiera a la **libertad de expresión** y la de información, con el consecuente obstáculo para el ejercicio de la defensa técnica del abogado así como por las posibles lesiones del derecho al honor, a la intimidad, a su propia imagen y a la presunción de inocencia de su cliente. En relación al mismo precepto, señalar que el **criterio del Tribunal Constitucional**, con carácter general, es que el ejercicio de la libertad de expresión por los abogados de las partes, en el ámbito del proceso judicial, posee una especial cualificación al estar ligado, estrechamente, a la efectividad del derecho de defensa.

Quizás podría cuestionarse por **insuficiente**, la regulación jurídica de la profesión de abogado en general y, particularmente, por parte del Estatuto General de la Abogacía Española (nº 154 s. ), ante la exigencia relativa a la vigencia del principio de legalidad al ser un Real Decreto, y no una Ley y, aunque la jurisprudencia ha venido declarando que no se conculcaría la garantía formal de **reserva de ley**, sí podría ser conveniente en la descripción de las infracciones y de las sanciones, respetar la **taxatividad** ( Const art.25 ) y evitar contemplar, en algunos casos, infracciones ambiguas o demasiado genéricas, por la falta de concreción de los tipos punibles que suscita problemas de interpretación.

Según algún sector de la abogacía, una posible solución para mejorar tales deficiencias podría alcanzarse mediante una Ley Orgánica sobre el derecho fundamental de defensa o, al menos, una ley que regulase la profesión de abogado -más allá de un mero Real Decreto-, que describiese, escrupulosamente, las infracciones y sanciones disciplinarias de los abogados. De momento, entre las mejoras del texto, en tramitación, del nuevo Estatuto General de la Abogacía, se desarrolla una **tipificación y enumeración** más completa y detallada de las infracciones (nº 251 , nº 253 y nº 284 ) para adaptarse, de una manera más clara, a las exigencias constitucionales de la Const art.9.3 y 25.1 . A tenor de lo fundamentado en la sentencia TCo 219/1989 , se concluye que las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales determinan **obligaciones de necesario cumplimiento** por los colegiados y responden a las potestades públicas que la ley delega a favor de los colegios para ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y la dignidad profesional y, por tanto, no constituyen **simples tratados de deberes morales**, sin consecuencias en el orden disciplinario, aunque careciesen de la necesaria precisión para ser sancionables porque si permite la graduación entre infracciones y conductas sancionables en términos previsibles que no vulneran el principio de legalidad, en virtud de la relación de **sujeción especial** que se entabla como consecuencia de la colegiación ya que, de lo contrario, quedarían impunes de responsabilidad disciplinaria las conductas ilícitas de los colegiados y, se desapoderaría a los colegios profesionales de una de sus funciones esenciales.

- 108 La Constitución remite a regular, mediante ley, las peculiaridades propias del régimen jurídico de los **colegios profesionales** y el ejercicio de las profesiones tituladas, especificando que su estructura interna y su funcionamiento deben ser democráticos ( Const art.36 ). El Tribunal Constitucional, en relación a su naturaleza jurídica, ha señalado que, si bien admite la constitucionalidad de su existencia, no predetermina su naturaleza jurídica ni se pronuncia al respecto ( TCo 89/1989 ). Asimismo, es reiterada su doctrina sobre su **calificación jurídica**, considerándolos entes públicos de carácter corporativo ( TCo 20/1988 ). Tal sentencia, examina la **organización y competencias de las corporaciones de Derecho público** representativas de intereses profesionales que existan o se constituyan en el territorio de cada comunidad autónoma y especifica que el sentido es singularizar a los colegios profesionales como entes distintos de las **asociaciones**, además clarifica que los colegios profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero también atienden a finalidades de interés público, en función de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen solo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo

general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas, recabar la colaboración de aquellas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas.

## Precisiones

1) Se prohíben los **tribunales de honor** en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales. Realmente, este artículo solo adquiere sentido por su referencia histórica al régimen preconstitucional ( Const art.26 ). Los tribunales de honor no juzgaban actos concretos sino personas, en relación al conjunto de sus iguales; la **deontología**, como se entiende hoy, juzga hechos, no personas.

2) Obligada referencia a la Const art.119 relativo a la **gratuidad de la Justicia** por disposición legal y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, asumiendo el Estado la responsabilidad sobre su ejecución en relación con la tutela judicial efectiva, extremo desarrollado en epígrafe independiente al final del presente capítulo.

## B. Ley Orgánica del Poder Judicial. Demarcación y planta judicial

110	Reforma de la LOPJ. Demarcación y planta judicial	111
	Incidencia de la LOPJ en la actividad del abogado	112
	Responsabilidad civil, penal y disciplinaria	113

### 111 Reforma de la LOPJ. Demarcación y planta judicial

La LO 7/2015 , modificó la LO 6/1985, del Poder Judicial. Esta pivotaba sobre una estructura territorial del siglo XIX y había dejado de ser útil ante el notable incremento de litigiosidad. En el año 2012, el Ministerio de Justicia había creado una comisión para la revisión de la LOPJ así como para el estudio del anteproyecto de Planta y Demarcación, postulándose por el **modelo provincial**, al considerar la circunscripción de los partidos judiciales de corte decimonónico, por haber tenido sentido en una época en la que se pusieron las bases de la moderna Administración de Justicia, con la dificultad de los **transportes y las comunicaciones** y, por consiguiente, convenía una presencia territorial de la judicatura. El proceso de provincialización se había iniciado, en realidad, hace tiempo, como, por ejemplo, la experiencia en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, de la fiscalía o de los médicos forenses, se debatía el modelo de Justicia de proximidad, en relación con la necesidad o no del partido judicial.

El ministro de Justicia, Rafael Catalá, decidió mantener la demarcación, con **proximidad al ciudadano**, con la estructura de partidos judiciales y evitar la eliminación de muchos de ellos, como recogía el borrador de modificación de la Ley de Demarcación y Planta y la LOPJ; podría interpretarse que consiguió contemporizar debates escasamente fructíferos, aunque sí se manifestó sobre la línea de la necesidad de estudiar el «encorsetamiento» del partido judicial, por lo que podría entenderse que, aunque el anteproyecto de la Ley de Demarcación y Planta Judicial haya decaído y la **planta judicial** no se modificase en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el proceso de análisis sigue su curso y la alteración, en profundidad, de la estructura de la demarcación judicial se supeditarán a la Ley de Demarcación y Planta Judicial. Mientras esta revisión, realmente compleja, no se produzca, la reforma de la LOPJ ha arbitrado medidas, por ejemplo, en el ámbito de los juzgados de violencia sobre la mujer, en el que se potencia la posibilidad de extender la jurisdicción de dichos juzgados a dos o más partidos judiciales, facultándose al Gobierno para su adopción por Real Decreto, sin necesidad de tramitar una modificación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial ( L 38/1988 ); esta solo queda modificada mínimamente por la LO 7/2015 disp.final.1ª .

- 111.1 Con la reforma se buscó la agilización de la Justicia, adaptando las estructuras judiciales existentes al siglo XXI, para incrementar la **seguridad jurídica** y reducir la **litigiosidad**, mediante, entre otros extremos, un mejor reparto de la «carga de trabajo» entre los juzgados y la **especialización judicial**.

Se incluye una previsión respecto de las sentencias del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus protocolos, en aras de intensificar la seguridad jurídica en un segmento tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, pilar del orden político y de la paz social, como proclama la Const art.10.1 .

Con el mismo fin de incrementar la garantía de protección de los derechos, se aborda la **protección de datos** en el ámbito de los tribunales, que carecía hasta ahora de una regulación completa y actualizada. Atendiendo a la naturaleza del tratamiento de los datos que los integran, se distingue entre:

- **ficheros jurisdiccionales**; se establece que el responsable de estos ficheros es el órgano jurisdiccional y la autoridad de control el Consejo General del Poder Judicial; se rigen por las leyes procesales en cuanto a los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición); y

- **ficheros no jurisdiccionales**; el responsable de esta clase de ficheros es la Oficina judicial, al frente de la cual está un letrado de la Administración de Justicia y la autoridad de control será la Agencia Española de Protección de Datos. Ese tipo de ficheros se regirán por la normativa existente en materia de protección de datos de carácter personal y las particularidades que pasan a establecerse en el nuevo Capítulo I bis (del Libro III Título III), que se incorpora a la LOPJ.

Se determina que el **acceso al contenido de las sentencias** u otras resoluciones dictadas en el seno del proceso, solo puede realizarse, previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y que, en todo caso, se adoptarán las medidas necesarias para evitar un uso con fines contrarios a las leyes.

Incardinado en el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, en el ámbito de **publicidad de las actuaciones judiciales**, se regula la obligación de publicar la agenda de señalamientos de los órganos judiciales, de tal forma que, con antelación, pueda conocerse la fecha y hora de celebración de un procedimiento.

Se suprime la responsabilidad civil directa de los jueces y magistrados, escasísimamente utilizada en la práctica, y pasa a equipararse con la del resto de los empleados públicos, atendiendo a las recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia. Esta exención de responsabilidad no excluye que, una vez declarada la responsabilidad patrimonial del Estado por una actuación judicial, ha de ser este quien, en vía administrativa, pueda exigir al juez o magistrado, la reparación del daño sufrido por dolo o culpa grave, en que este hubiera incurrido, sin perjuicio de la **responsabilidad disciplinaria** y sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquellos.

Se regula la posibilidad de prolongación de la **permanencia en el servicio activo** para los miembros de la carrera judicial hasta el máximo de 72 años, en consonancia con la supresión de la figura del magistrado emérito.

En virtud de lo dispuesto en la LO 7/2015 disp.adic.1ª, desde el 1-10-2015, todas las referencias, que se contengan en la LOPJ, así como en otras normas jurídicas, a secretarios judiciales, deben entenderse hechas a **letrados de la Administración de Justicia**.

Se incluye a los **graduados sociales** como profesionales que, al prestar la representación técnica en el ámbito social, pueden actuar como colaboradores de la Administración de Justicia (nº 112).

## 112 Incidencia de la LOPJ en la actividad del abogado

La Constitución dispone que la LOPJ determina la constitución, **funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales**, el **estatuto jurídico** de los jueces y magistrados de carrera y del personal al servicio de la Administración de Justicia, así como el estatuto, el régimen de incompatibilidades y funciones de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y, en particular, su **régimen disciplinario** ( Const art.122 ).

La LOPJ determina el régimen jurídico de los **abogados** por su relación con los tribunales por su condición de cooperadores de la justicia ( LOPJ art.542 a 546 ) y dispone la obligatoriedad de su colegiación para actuar ante los juzgados y tribunales, salvo actuación al servicio de las Administraciones o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral.

Destaca la rúbrica del Libro VII Título II redactada por la LO 7/2015 art.único.104 : **de los abogados, procuradores y graduados sociales** y, en concordancia los apartados 105, 106 y 107, modifican la LOPJ art.544, 545 y 546, que quedan redactados, en relación a los graduados sociales, sobre determinados aspectos como:

- la colegiación obligatoria;
- la representación técnica que podrán ostentar en los procedimientos laborales y de Seguridad Social y le serán de aplicación las obligaciones inherentes a su función, de acuerdo con lo dispuesto en su ordenamiento jurídico profesional y en la LOPJ;
- la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa y la asistencia de abogado o la representación técnica de graduado social en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes, así como que;
- también están sujetos, en el ejercicio de su profesión, a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda;

Se define como abogado, en concordancia con el Estatuto General de la Abogacía Española al licenciado, hoy ha de entenderse también graduado, en Derecho, quien ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico. Incide en los principios de **libertad, independencia y buena fe**, el amparo en su libertad de expresión y defensa así como al deber de **secreto profesional**, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los hechos o noticias que conozcan en virtud de su actuación profesional (nº 104 ; Const art.24.2).

Se consigna, además, en orden a salvaguardar el **derecho de defensa constitucional**, que se designará abogado de oficio a quien lo solicite o se niegue a nombrarlo. La defensa de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos que establezca la ley.



Los **poderes públicos** están obligados a garantizar la defensa y la asistencia de abogado en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes.

### 113 Responsabilidad civil, penal y disciplinaria

Los abogados están sujetos, en el ejercicio de su profesión, a **responsabilidad civil, penal y disciplinaria**, según proceda (nº 248 ). La potestad disciplinaria puede ser judicial o colegial: las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre la actuación ante los juzgados y tribunales de los abogados se ajustarán a lo dispuesto en la LOPJ y en las leyes procesales, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria derivada de su conducta profesional que compete declararla a los correspondientes colegios y consejos, conforme a sus estatutos, con sujeción a las garantías de la defensa de todo el **procedimiento sancionador**.

Dentro de estos parámetros de salvaguarda de las obligaciones corporativas a tener en cuenta en la práctica del ejercicio de la abogacía, es necesario realizar una referencia al **orden en la audiencia pública** celebrada en los juzgados y tribunales recogido en la LOPJ y las consecuencias de multa, amonestación, en el acto por quien preside, y expulsión de la sala o de las dependencias de la oficina judicial, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pueda incurrirse, entre otros, por la falta de respeto y consideración debida a los jueces, tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores, letrados de la Administración de Justicia, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia ( LOPJ art.190 a 195 ).

### 114 Por otro lado, las **sanciones** que pueden imponerse a los abogados, dimanantes de su intervención, cuando incumplan las obligaciones impuestas por ley, en régimen de **numerus clausus**, podrán ser corregidas siempre que el hecho no constituya delito, incurriendo en responsabilidad penal ( LOPJ art.552 a 557 ). Son las siguientes:

1. Falta al **respeto debido**, en su actuación forense, a los jueces y tribunales, fiscales, abogados, letrados de la Administración de Justicia o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso.
2. Falta de **obediencia reiterada** al que presida el acto, al ser llamados al orden en las alegaciones orales (antiguas faltas contra el orden público).
3. Falta de **comparecencia** ante el tribunal sin causa justificada, habiendo sido citado en forma.
4. Falta por **renuncia** injustificada a la defensa o representación en un proceso, dentro de los 7 días anteriores a la celebración del juicio o vista señalada.

La corrección se impone, en los propios autos o en procedimiento aparte, por la autoridad ante la que se siguen las actuaciones y puede ser: **apercibimiento o multa**, esta última siempre con audiencia del interesado. El secretario hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el juez o por la sala. Contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de 5 días, **recurso de audiencia en justicia** ante el letrado de la Administración de Justicia, el juez o la sala, que lo resolverán en el siguiente día. Contra este acuerdo o contra el de imposición de la sanción, en el caso de no haberse utilizado el recurso de audiencia en justicia, cabe **recurso de alzada**, en el plazo de 5 días, ante la sala de gobierno, que lo resolverá previo informe del letrado de la Administración de Justicia, del juez o de la sala que impuso la corrección, en la primera reunión que se celebre.

## C. Código Penal. Prevención de blanqueo de capitales

115	Reforma del Código Penal	117
	Incidencia del Código Penal en la actividad del abogado	119
	Prevención de blanqueo de capitales	129

### 117 Reforma del Código Penal

El 1-7-2015 entraron en vigor la LO 1/2015 dips.final 8ª y LO 2/2015 disp.final 3ª , que modifican el Código Penal ( LO 10/1995 ). Empezando por la segunda ( LO 2/2015 ), se procedió a la modificación en materia de **delitos de terrorismo** y de las organizaciones y grupos terroristas, con el fin de combatir, con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley; singularmente el terrorismo yihadista, el cual, como señala la Exposición de Motivos de la norma, se caracteriza por haber incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. El **Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas** había pedido a los Estados que se cerciorasen de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipificasen delitos graves que posibilitasen que las conductas terroristas se pudieran enjuiciar y sancionar, de tal forma que quedase debidamente reflejada la gravedad del delito.

La experiencia de la lucha contra el terrorismo en España nos ha hecho contar con una legislación penal en respuesta al terrorismo protagonizado por bandas armadas como ETA o el GRAPO, pero es evidente que las nuevas amenazas exigieron la actualización de la normativa para dar cabida, por ejemplo al fenómeno del **terrorismo individual**.

La modificación del Código Penal por la LO 1/2015, pretende solventar la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia, poniendo a su disposición un sistema legal que garantice **resoluciones judiciales previsibles** y, a tal fin, se revisa, en profundidad, el sistema de **consecuencias penales**, entre las que habría que destacar:

1. El **sistema de medidas de seguridad**, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, con la conveniente separación de las penas, pudiendo ser ambas impuestas, sin que se produzca infracción del principio *non bis in idem*, por ejemplo, en caso de elevada peligrosidad del delincuente, en el que la pena ajustada a la culpabilidad pueda ser de duración insuficiente para compensar tal peligrosidad. Implica la consagración de la evolución a este sistema dualista del, tradicionalmente, monista arraigado en nuestra legislación penal.

2. La reforma introdujo la regulación de la **prisión permanente revisable**, reservada a delitos de excepcional gravedad. Esta nueva pena garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión y no renuncia a la reinserción del penado ni el Estado se desentiende del penado, al contrario, compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión, con un horizonte de libertad.

Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, cuando la Ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado.

118 3. Se suprimieron las **faltas**, con fundamento en el principio de intervención mínima, y se consigue descargar la vía penal, de asuntos menores que se reconducen hacia la vía administrativa o la vía civil, manteniendo solo aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo y configurándose, en su mayoría, como delitos leves castigados con penas de multa. Con el fin de evitar cualquier problema de transitoriedad derivado de la aplicación inmediata de los nuevos delitos leves, se han incluido normas para adaptar la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (nº 130).

4. Se acometió una revisión técnica de la **regulación del comiso**, que se completa con la introducción de una regulación del procedimiento de comiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como de otros delitos, entre los que podrían destacarse:

- delitos contra la propiedad intelectual e industrial;
- se crea una nueva sección referida a los delitos de corrupción en los negocios; y
- se tipifican nuevos delitos como, por ejemplo, la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada.

5. Se introdujo una mejora técnica en la regulación de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2010, al objeto de resolver dudas interpretativas que había planteado esta norma, relativas al límite del contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite derivar tal responsabilidad penal y que, desde algunos sectores, había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, además de haberse considerado determinadas recomendaciones de algunas organizaciones internacionales (nº 915 s.).

Se extiende el régimen de responsabilidad penal a las **sociedades mercantiles estatales** que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Dentro de los delitos relativos al mercado, se incorpora una nueva figura delictiva que sanciona a los representantes o administradores de hecho o de derecho que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos. Los directivos de las entidades en las que, por falta de adopción de **programas de cumplimiento**, se cometen delitos de los que deriva responsabilidad para las personas jurídicas, no tienen que ser necesariamente responsables de los mismos. Para estos casos se introduce esta sanción, no por la participación en el delito, sino por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados.

6. La reforma se ocupa también de la **transposición en diferentes materias**:

- consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal;
- la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular;

- lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil;
- contra la trata de seres humanos.

Se modifica la regulación vigente del **delito de inmigración ilegal**.

7. Se ajusta el **límite de la pena**, a partir de la cual podrá acordarse la expulsión de territorio nacional, a la regulación contenida en la **legislación de extranjería**, condicionándose la sustitución a la proporcionalidad de la medida. En el caso de ciudadano europeo se contempla la expulsión, con carácter excepcional, en atención al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

8. Se modifica la regulación del **intrusismo profesional** que como afecta directamente tal regulación al ejercicio de la profesión de abogado, se tratará a continuación (nº 128 ).

### 119 Incidencia del Código Penal en la actividad del abogado

Los **tipos delictivos** que sancionan las conductas de los abogados se establecen entre los delitos contra la Administración de Justicia (*De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*), como la incomparecencia al juicio o la obstrucción a la Justicia (nº 120 ) y la deslealtad profesional (nº 123 ). Asimismo, deben tenerse en cuenta conductas en las que se utilice violencia o intimidación (nº 121 ), la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones judiciales (nº 122 ), el falso testimonio (nº 124 ), la revelación de secretos (nº 126 ), el intrusismo profesional (nº 128 ) o el blanqueo de capitales (nº 129 ).

En los tipos reseñados a continuación, excepto el de la actuación violenta o intimidatoria ( CP art.464 ), se imponen penas que llevan aparejadas como **pena accesoria**, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, así como una agravación prevista en la sanción si el responsable del delito es abogado.

### 120 Incomparecencia al juicio

(CP art.463)

Las incomparecencias voluntarias a juicio, sin causa justificada, son sancionables en los procesos en los que se haya adoptado una medida de **prisión provisional** como medida cautelar, provocando la suspensión del juicio oral. La jurisprudencia considera aplicable a esta conducta la doctrina relativa a **obstrucción de la Justicia** ( TS 4-2-02, EDJ 2705 ). Los **supuestos** para ello son:

- a) El sujeto activo del delito debe haber sido citado en legal forma para asistir a un proceso criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable del delito fuese abogado.
- b) No exista justa causa para la incomparecencia.
- c) La causa criminal a enjuiciar debe tener reo en prisión provisional
- d) Con la incomparecencia se ha de provocar la suspensión del juicio oral, elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad.

Para que resulte prosperable el reproche penal ha de concurrir una **citación** en legal forma y con los apercibimientos previstos en la LECr, siendo especialmente relevantes y complementarias las previsiones de la LEC sobre coincidencia de señalamientos y prelación de los mismos ( LEC art.188.6 ).

### 121 Actuación violenta o intimidatoria

(CP art.464)

Se considera delito la actuación de quienes -el abogado puede ser sujeto activo y pasivo de la conducta- intenten **influir**, directa o indirectamente, en los **intervenientes en un pleito**, para que puedan llegar a modificar su actuación procesal, siempre que la conducta se realice mediante violencia o intimidación. También quien realice actos contra la vida, integridad, etc como **represalia** contra estas mismas personas, por su actuación en procedimientos, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos (punibles como concurso).

### 122 Destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones judiciales

(CP art.465)

Igualmente, se considera punible la conducta del abogado o procurador que **destruya, inutilice u oculte** documentos o actuaciones que haya recibido como traslado en dicha calidad, por ejemplo, en un traslado de originales para formular escrito de conclusiones provisionales en el proceso penal.

La jurisprudencia ha conocido **supuestos de ocultación**: esconder los documentos en lugares de difícil encuentro o dilatar indefinidamente las actuaciones impidiendo la persecución del proceso. Admisible la comisión por omisión fundamentada en el deber del abogado de lealtad y colaboración con la Administración de Justicia.

### 123 Deslealtad profesional frente al cliente

(CP art.467)

Dentro de la regulación de la deslealtad profesional, de la que el abogado sería sujeto activo, la defensa de **intereses contrapuestos** también merece reproche penal, contenido en el Código Penal, que tipifica estas conductas cuando se realizan sin el consentimiento de la persona que ha sido asesorada o defendida por abogado (o representada por procurador). No solo se aplica a la defensa letrada, se admite en el asesoramiento extraprocesal, pues no deja de ser abogado quien lo presta. El **perjuicio** ha de ser manifiesto a los intereses encomendados, por acción u omisión, si bien en estos supuestos ha de estarse al **principio de intervención mínima** y fragmentariedad que rige la aplicación del ordenamiento penal.

La obligación de **defensa técnica** radica, no en el resultado, sino en la realización de todo lo que es exigible, por ejemplo, puede incardinarse la no interposición de recursos prosperables o la pérdida de derechos por prescripción de la acción.

El **perjuicio** causado puede ser tanto de orden patrimonial como moral. Así se ha considerado cuando un abogado, a pesar de estar apercibido, no entregó en plazo al tribunal la documentación, lo que motivó un perjuicio irreparable para su cliente ( TS 22-5-02, EDJ 19880 ). Por ejemplo: el autopago de una minuta puede ser tipificado como apropiación indebida, no obstante, si además, existiese perjuicio para los intereses del cliente se aplicaría este tipo de deslealtad profesional.

### 124 Falso testimonio

(CP art.461)

No solo sanciona la **mendacidad procesal de los testigos**, sino que tipifica el delito de **presentación de testigos falsos**, peritos o intérpretes mendaces. La acción de presentar, si bien el legislador había suprimido «en juicio», debe entenderse referida siempre a esa actividad procesal. La jurisprudencia determina que nos encontramos ante un tipo de simple actividad y de peligro que no admite formas imperfectas de ejecución.

La condición de abogado es una agravación prevista en el citado artículo, por razón del **sujeto activo** que se concreta en los profesionales que ejercen la postulación procesal, es necesario el **conocimiento -a sabiendas-** de la falsedad del testimonio para considerar la vulneración del deber especial al profesional, no cabiendo presunción que haya de conocer, en todo caso, la mendacidad, ya que no puede descartarse que el cliente pueda utilizar, como **instrumento**, a su abogado.

### 126 Revelación de secreto profesional

(CP art.199 y 466 )

El abogado y al procurador se consideran **sujetos activos** de la acción que consiste en revelar las actuaciones procesales que hayan sido declaradas como secretas por la autoridad judicial, tipicidad de difícil eficacia práctica ( LECr art.302 párr.2º ; nº 106 y nº 130 ). El **elemento objetivo** de la previa declaración del secreto de las actuaciones no condiciona la necesaria notificación del auto por el que se declara el secreto, sería suficiente con el conocimiento por parte del abogado o debiera conocerlo.

Se establece la obligación de **reserva de divulgación** de lo conocido por el desempeño profesional del abogado, frente a la divulgación de actuaciones procesales.

La especial protección se encamina al bien jurídico de la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas, ejecutada por quien utiliza una posición de **ventaja** en atención a su profesión, incumpliendo su obligación de sigilo.

### 128 Intrusismo profesional

(CP art.403)

En lo relativo al ejercicio de la abogacía, puede entenderse que el delito se consuma por quien ejerce la profesión sin estar en posesión del correspondiente **título académico** expedido o reconocido en España. La tipicidad presenta un subtipo agravado si el culpable, además, se atribuye públicamente, la cualidad de profesional -p.e. abogado-. La **responsabilidad penal** deriva de la falta de capacidad como bien jurídico protegido, no la exclusividad para el ejercicio de una determinada actividad profesional, que sería un supuesto de responsabilidad disciplinaria, en su caso.

La reforma del Código Penal ha **agravado las penas** para las conductas tipificadas en este artículo, además de añadir la tipicidad del supuesto relativo al ejercicio en un local o establecimiento profesional abierto al público, en el que se anunciara la prestación de servicios profesionales.

**129 Prevención de blanqueo de capitales**

(CP art.301 s.; L 10/2010; RD 304/2014)

Aunque no es una conducta propia de la profesión de abogado, quienes ejercen la abogacía son **sujetos obligados** a la prevención del blanqueo de capitales, cuando participen en operaciones de carácter financiero e inmobiliario que el legislador define en términos amplísimos.

La línea fronteriza es difusa, no obstante, se podría determinar que el abogado sería sujeto obligado cuando:

Participe en la concepción, realización o asesoramiento de **operaciones por cuenta del cliente relativas a:**

- compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales;
- gestión de fondos, valores u otros activos;
- apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorro o cuentas de valores;
- organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o de fideicomisos (*trust*), sociedades o estructuras análogas.

Actúe:

- por cuenta del cliente en cualquier operación financiera o inmobiliaria;
- en representación del cliente en materia extrajudicial;
- en constitución de sociedades, funciones de dirección o secretaría de una sociedad;
- únicamente como asesor fiscal.

Como salvaguarda, el abogado está sometido (es un deber) a **secreto profesional** de todo aquello que haya conocido en el ejercicio de su profesión, estando dispensado de declarar (a su vez, constituye un derecho). El ejercicio de la profesión de abogado es inherente a la confianza que puede depositar en él su cliente. La lucha contra el delito es de todos, pero sin mermar el derecho de defensa. Se excluye, expresamente, a quienes ejerzan la abogacía, respecto de la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él, al determinar la posición jurídica o ejercer la defensa de dicho cliente en un proceso judicial o en relación con dicho proceso, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso.

Es innecesaria la existencia de una sentencia calificadora de la **conducta origen de los bienes**, porque, con el tipo, se pretende reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito, que le confiera independencia y autonomía en relación con el delito antecedente (bienes origen en un delito o actividad delictiva). Se tipifica expresamente el autoblanqueo (cometida por él o por terceras personas).

**1) Los sujetos obligados** tienen algunas obligaciones concretas y reforzadas de diligencia debida en cuanto al conocimiento e identificación de los clientes, información de la naturaleza de la actividad, comunicación de operaciones sospechosas al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), conservación de documentos y dotación de los medios humanos y materiales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones, que deberán ser sometidas a un auditor externo, salvo excepción por determinados parámetros. ( RD 304/2014 ).

**2) Con la aprobación del Reglamento de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales se atiende -con carácter previo a su incorporación a la normativa comunitaria- a las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) organismo intergubernamental encargado de fijar los estándares internacionales en la lucha contra el blanqueo.**

**3) En relación a la denominada «Cuarta Directiva» ( Dir UE/2015/849 ), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Rgto 648/2012/UE y se derogan directivas anteriores, es conveniente señalar:**

a) Los **delitos fiscales** se incluyen, expresamente, en la definición de «actividad delictiva» de la Cuarta Directiva, de acuerdo con las Recomendaciones del GAFI y que afecta, directamente, al concepto de blanqueo de capitales, que se vincula a actividades delictivas previas.

b) Siguiendo el mismo criterio que la Tercera, la Cuarta Directiva exime a los notarios, otros profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales de la obligación de comprobar la **identidad del cliente y el titular real**, en la medida en que esas personas estén determinando la posición jurídica de su cliente o estén ejercitando sus labores de defensa o representando a dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo. En relación con la exención a estos colectivos de la obligación de comunicar **operaciones sospechosas**, la Cuarta Directiva la atribuye, únicamente, a los profesionales del Derecho, sin hacer referencia a los restantes colectivos.

c) Se refiera, expresamente, a la sentencia TEDH 6-12-2012 , conocida sentencia *Michaud*, cuando indica que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un sistema de notificación a un **organismo autorregulador** constituye una salvaguarda importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiera a las obligaciones de información aplicables a los abogados. Asimismo, señala que los Estados miembros deben prever medios y procedimientos que permitan garantizar la protección del **secreto profesional**, la **confidencialidad** y la **privacidad**.

4) El 26-4-2018 se aprobó el texto de la “**Quinta Directiva**”, que también prevé una vigilancia más estrecha de las **monedas virtuales**, como el **bitcoin** , para evitar que se utilicen para lavar dinero o financiar el terrorismo. Las medidas constituyen la quinta revisión de la Directiva europea contra el blanqueo de capitales. La reforma da derecho a cualquier ciudadano a acceder a la información sobre los titulares efectivos de las empresas que operan en la Unión Europea. Los Estados miembros pueden dar un acceso más amplio a la información, en línea con su legislación nacional. La nueva Directiva incluirá criterios más estrictos para evaluar si los países de fuera de la Unión Europea representan un **riesgo** efectivo de blanqueo de capitales. Las personas que revelen información sobre blanqueo de capitales podrán beneficiarse de protección, incluido el **derecho al anonimato**.

## D. Ley de Enjuiciamiento Criminal

130 La propuesta de texto de un Código Procesal Penal para modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal planteaba un cambio radical del sistema procesal penal que, sometido a información pública, se consideró que su implantación requería un amplio consenso y, en la confianza de encontrarlo, mientras el debate está latente, parece que se entendió necesario afrontar, a la mayor brevedad, una **modificación limitada** de la LECr, ante necesidad de abordar determinadas cuestiones que no podían aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituyese a la LECr, unido a que la entrada en vigor de la reforma del Código Penal (nº 117 ), el 1-7-2015, “demandaba”, con carácter imperioso, por ejemplo, la dotación de instrumentos eficaces en la investigación a policías, jueces y fiscales, mediante sendas **leyes** publicadas en el BOE, el 6-10-2015 cuya entrada en vigor, salvo determinados apartados, fue el 6-12-2015:

1. **LO 13/2015** , de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de los datos personales garantizados por la Constitución que además de otorgar carta de naturaleza legal a la jurisprudencia de Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, está en línea con las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

Una de las novedosas modificaciones, es la **supresión del término “imputado”** y su sustitución por los vocablos “investigado” y “encausado”, según la fase procesal y en relación con la transposición de la Directiva sobre asistencia letrada.

Especial mención, por ser una cuestión polémica en su ejecución y ya enunciada en anteriores ediciones de este Memento, al reconocimiento de la **confidencialidad** de las **comunicaciones** entre el investigado o encausado y su abogado, que podrá ser limitada cuando concurren determinadas circunstancias, como la presencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado. Además, en la nueva regulación, se ha dotado de sustantividad propia a determinadas formas de **comunicación telemática** que habían carecido de tratamiento normativo en la ley procesal así como se ha detallado la regulación sobre el registro de dispositivos informáticos. La reforma ha actualizado el uso de los recursos de investigación tecnológica por el llamado **agente encubierto**.

2. **L 41/2015** , de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, para regular las cuestiones que no requerían desarrollo mediante Ley Orgánica por ser de naturaleza procesal y al fin de establecer disposiciones eficaces de **agilización de la justicia** penal con el fin de evitar dilaciones indebidas:

- instauración general de la **segunda instancia** penal, como demandaba la normativa internacional;

- la ampliación del recurso de casación para extender la función unificadora de la **doctrina del Tribunal Supremo**, uniformizando los criterios de interpretación de los nuevos tipos delictivos en toda España;
- la reforma del **recurso de revisión**, ante la necesidad de establecer en el ordenamiento español un cauce procesal para el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que solo tenía cobertura en la interpretación jurisprudencial;
- se ha simplificado la investigación, mediante la modificación de las **reglas de conexidad delictiva**: un delito, una causa de instrucción;
- **conservación** por la policía de los **atestados** sin autor conocido, a disposición de jueces y fiscales, sin apertura de diligencias, salvo en circunstancias determinadas;
- creación del **nuevo procedimiento monitorio** penal para permitir la conversión de la propuesta sancionadora del Ministerio Fiscal en sentencia firme, cuando se cumplan los requisitos previstos y el encausado preste su conformidad;
- en aras de mejorar las armas contra la corrupción y en contexto con las modificaciones del decomiso introducidas por la reforma del Código Penal, se ha establecido un nuevo marco procesal que ha incorporado un nuevo **procedimiento de decomiso** autónomo, para posibilitar la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado; en relación con la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Destacar que, con el fin de evitar dilaciones indebidas se han fijado, por primera vez, **plazos máximos** para la **finalización** de la **instrucción**.

La propuesta de texto, que había sido presentado por la Comisión Institucional constituida por Acuerdo Consejo Ministros 2-3-2012 para la elaboración de un texto articulado de LECr, fue un proyecto ambicioso que incluía como novedad destacada el denominado "Tribunal de Garantías", mediante la cesión de la instrucción al fiscal, ahora realizada por el juez. Sin embargo, con el fin de evitar investigaciones *sine die*, en el texto aprobado se establecieron los siguientes plazos a la instrucción: 6 meses para los asuntos sencillos y 18 meses para los complejos; tal medida no fue en absoluto pacífica, por suponer una dificultad, la previa clasificación entre sencillos y complejos.

Aunque el juez es quien instruye los procesos, el Ministerio Fiscal es quien tiene el **control** de los **plazos**, pues es quien ha de solicitar una prórroga si estima necesario que haya que continuar con la investigación.

#### Precisiones

**1)** En anteriores ediciones de este Memento, se había precisado que otro de los objetivos de la propuesta de texto del Código Procesal Penal era que, en la circunstancia de prisión preventiva, se prohibía, expresamente, la **intervención de comunicaciones** entre encausado preso-abogado, salvo terrorismo con sospecha fundada de participación del abogado y expresa autorización judicial. Se detallaba la regulación de las escuchas telefónicas. Además, se precisaba que otro de los fines destacados de la propuesta era regular, en supuesto de interés público y con las suficientes garantías, la **comunicación pública del juicio**. En relación con la revelación del secreto profesional (nº 106 y nº 126 ) se había hecho referencia a la difícil eficacia práctica de la LECr art.302 , en relación con la libertad de información ( Const art.20 ).

La L 4/2015 , del estatuto de la víctima del delito, modificó la LECr art.301 , relativo a las diligencias reservadas del sumario y que contempla una infracción disciplinaria para el abogado que revele indebidamente el contenido del sumario y si el sujeto fuera funcionario público efectúa una remisión a responsabilidad conforme al Código Penal e incorporó el art.301.bis, sobre medidas para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia en relación con la LO 5/2015 , por la que se modificaron la LECr y la LOPJ, para transponer la Dir 2010/64/UE y Dir 2012/13/UE (relativas al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y al derecho a la información en los procesos penales, respectivamente), cuya entrada en vigor fue el 28-10-2015, ha quedado redactado de tal modo que se concluye que, aunque las partes personadas puedan tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento; si el **delito** fuese **público**, el juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, podrá declarar, total o parcialmente, secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para:

- evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o
  - prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.
- El **secreto del sumario** deberá alzarse con al menos 10 días de antelación a su conclusión.

**2)** En relación al **secreto profesional** regulado en la Const art.24.2 (nº 104 ) y en la LOPJ art.542.3 (nº 112 ) es conveniente referirse a la LECr art.262 relativo a la **obligación de denuncia inmediata** por aquellos que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público, a **excepción**, en virtud de la LECr art.263 de los abogados, procuradores, respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieran de sus clientes, ni los eclesiásticos respecto de las noticias que se les hubieran revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

3) Entre los **dispensados de la obligación de declarar**, a tenor de la LECr art.416.2 , se encuentra el abogado del procesado respecto a los hechos que este le hubiese confiado en su calidad de defensor. A no ser que su declaración pudiera comprometer a su defendido, estaría obligado a declarar como testigo respecto a los demás procesados.

## E. Leyes administrativas

(L 39/2015; L 40/2015)

131 Es necesario tener en cuenta estas leyes administrativas y concordantes, dada la naturaleza de corporaciones de Derecho público de los **colegios profesionales** con personalidad jurídica propia vinculados a la Administración pública, por lo que tienen, asimismo, la consideración de Administración pública; en consecuencia, han de sujetar a las leyes administrativas su actividad cuando ejerzan **potestades administrativas** -p.e. ejercicio de funciones disciplinarias, régimen jurídico de los Acuerdos de las juntas de Gobierno, regulación del servicio de justicia gratuita-, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación, como la reclamación ordinaria de impago de cuotas colegiales se reclamaría por **vía civil**.

Tras la **derogación** de la **L 30/1992**, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), con efectos de 2-10-2016, por la L 39/2015 disp.derog.única.2.a las **normas administrativas aplicables** a partir de dicha fecha son:

- la **L 39/2015**, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas reforma el procedimiento administrativo y su fin: ordenar las relaciones externas de las Administraciones con administrados, tanto particulares como empresas; y

- la **L 40/2015**, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula el funcionamiento interno de cada Administración e instituciones del Estado, así como las relaciones entre ellas.

Ambas leyes suponen una **reforma integral y estructural** con la pretensión de ordenar, clarificar y racionalizar la organización y funcionamiento de las Administraciones articulada en los dos ejes fundamentales a que se refiera cada una de ellas.

### Precisiones

Las previsiones relativas al **registro electrónico de apoderamientos** y otros, producirán **efectos** en el plazo de 2 años desde la entrada en vigor de la L 39/2015 ( L 39/2015 disp.adic.7ª ).

## F. Ley de Enjuiciamiento Civil

132 Entre las **novedades** más destacadas de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo, por la L 42/2015 :

- introducción de la obligatoriedad de profesionales, órganos judiciales y fiscales de utilizar, a partir del 1-1-2016, los **medios telemáticos o electrónicos** existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos, en relación con la medida "**papel 0**" impulsada por el Ministerio de Justicia, otorgando carácter subsidiario al soporte papel;

- refuerzo del elenco de **atribuciones de los procuradores**, así como sus obligaciones, respecto de la realización de los actos de comunicación a las personas que no son su representado, otorgándoles incluso capacidad de certificación para realizar todos los actos de comunicación, lo que les permite su práctica con el mismo alcance y efectos que los realizados por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial y, con ello, se les exige de la necesidad de verse asistidos por testigos, lo que redundará en la agilización del procedimiento. Se exige que en todo escrito por el que se inicie un procedimiento judicial, el solicitante deberá expresar su voluntad en que todos los actos de comunicación se realicen por su procurador. Si no se manifestase nada al respecto, el juzgado dará curso a los autos, realizándose tales actos por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial;

- se actualiza el régimen de **prescripción** del CC art.1964 , acortando el plazo general de prescripción de las acciones personales que pasa a ser de 5 años;

- reforma la L 1/1996 , de **asistencia jurídica gratuita** (nº 172 s. ).

En línea, con la dirección comentada en pasadas ediciones de este Memento, relativa a la condición del procurador como colaborador de la Administración de Justicia a quien corresponde la realización de todas aquellas actuaciones que resulten necesarias para el impulso del proceso, la reforma de la LEC modificó las funciones del procurador para reducir la carga de trabajo de los órganos judiciales y la significativa agilización de los trámites procesales tanto en la realización de actos de comunicación, como en su ejercicio de ejecución delegada, al hacerlo en condiciones de **agente de la autoridad**.



La reforma parte de la dualidad actual del sistema manteniendo las posibilidades de su realización:

- bien por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial;
- bien por el procurador de la parte, que así lo solicite, a su costa; y
- en ambos casos, bajo la dirección del letrado de la Administración de Justicia (nº 111.1 ).

Es conveniente la referencia a la LEC art.35 sobre **honorarios** de los abogados. Los abogados pueden reclamar frente a su cliente el pago de los honorarios que hubieran devengado en su asunto, presentando minuta detallada y manifestando, formalmente, que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos. Igual derecho tienen sus **herederos** respecto a los créditos de esta naturaleza. No es preceptiva la intervención de abogado ni procurador. Ante tal **reclamación**, el cliente-deudor puede impugnar los honorarios por **indebidos** o por **excesivos**; señalar que la existencia de presupuesto previo aceptado por el cliente constituye una destacada prueba para el abogado reclamante.

Aunque incardinado en la potestad disciplinaria, hay que mencionar el ámbito de las **reglas de la buena fe procesal** ( LEC art.247 ), a efectos de tenerlas presentes para no quebrantarlas y porque al ser una potestad, en cierto modo arbitraria, pues dependerá del **criterio** con el que cada titular del tribunal interprete este término jurídico «indeterminado»:

- los intervinientes en todo tipo de procesos deben ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe;
- los tribunales rechazarán, fundadamente, las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (p.e. recusación temeraria de magistrado);
- si los tribunales estimasen que alguna de las partes ha actuado sin ajustarse a estas reglas podrán imponerle, respetando el principio de proporcionalidad, una multa, que no superará la tercera parte de la cuantía del litigio;
- si la actuación contraria a estas reglas pudiese ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo anterior, darán traslado a los colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de **sanción disciplinaria**.

## G. Ley sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador y su desarrollo

(L 5/2012 disp.final 4ª; L 34/2006; RD 775/2011; RD 150/2014)

- 135 La L 34/2006 , sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, que se justificó con una extensa Exposición de Motivos que casi supera al articulado en su extensión (solo 7 artículos, 9 disposiciones adicionales, una transitoria y 3 finales), realmente fue necesaria, por hacerse imprescindible la **homologación** en la Unión Europea, en orden a garantizar la fluidez en la **circulación y el establecimiento de los profesionales**, pero además conveniente, porque España llevaba mucho tiempo con una situación casi «extravagante», dada la circunstancia de que un recién licenciado en Derecho, sin filtro alguno y, solo por haber pasado el **trámite burocrático** de colegiarse, podía ejercer, por ejemplo, ante el Tribunal Supremo, además de atender a la experiencia del Derecho comparado sobre el requisito de acreditación previa de capacitación profesional, más allá de la obtención de un título universitario, al objeto de comprobar si se posee la formación necesaria para el ejercicio profesional.

Su **entrada en vigor**, el 31-10-2011, se produjo 5 años más tarde de su publicación en el BOE; tal «**vacatio legis**», incluso se reveló insuficiente por discriminatoria y, tras numerosos «vaivenes», la L 5/2012 , de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles solucionó la problemática surgida para los estudiantes matriculados que, como consecuencia de la publicación de la Ley, veían alteradas las condiciones de acceso al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador. Se contempló la situación de los **poseedores de títulos extranjeros** susceptibles de homologación al título español de licenciado en Derecho y se introdujo una mejora técnica, aclarando que no es necesario estar en posesión del título de licenciado o grado en Derecho, sino que es suficiente estar en condiciones de obtenerlo, es decir, no es preciso estar en la posesión material del título, sino haber concluido los estudios cuando entró en vigor la Ley; se salvaguardaban así los derechos de los licenciados que, habiendo aprobado todas las asignaturas, por cualquier circunstancia, no hubiesen solicitado su título a la Universidad. Asimismo, se aprovechó la ocasión para reconocer un **régimen especial de acceso** al ejercicio profesional para los licenciados en Derecho, cualquiera que fuese el inicio o finalización, atendiendo a diversas iniciativas parlamentarias

El plazo final de 31-10-2013, “facilitado” por su disposición transitoria, provocó un “boom” coyuntural en número de colegiaciones, que supuso un **incremento** mayor al 25% de **altas colegiales** para evitar los requisitos exigidos en virtud de la Ley de Acceso.

Con el fin de establecer los **criterios rectores de la prueba**, se aprobó el Reglamento de la Ley, mediante el RD 775/2011 , reformado por RD 150/2014 , y, finalmente, la prueba consiste, únicamente, de una parte escrita, de respuestas múltiples, de contenido teórico-práctico, sobre situaciones reales a las que van a enfrentarse los futuros abogados y procuradores, suprimiendo la parte referente a la resolución de un caso práctico, que implicaría una

compleja calificación (figuraba en RD 775/2011 ), manteniendo el espíritu “práctico” en la tipología de las preguntas y garantizando mayor **objetividad**.

El RD 150/2014 también reconsidera los **porcentajes de ponderación**, estableciendo que la calificación final resultará de la media ponderada entre el 70% de la obtenida en la evaluación del examen y del 30% de la correspondiente al máster o curso de formación especializada.

Dicha prueba es única e idéntica para todo el territorio español. En el año 2015, se introdujo como novedad que el **lugar de realización del examen** fuese en otras comunidades autónomas, además de Madrid.

La prueba **ha de convocarse**, mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Educación, Cultura y Deporte, 3 meses antes de su realización y con periodicidad mínima anual; a partir del año 2016 se realizaron dos convocatorias en lugar de una anual.

Estas órdenes se han ido publicando, sucesivamente, en las que se anexa el programa, con carácter orientativo, de materias y competencias necesarias para el acceso al ejercicio de la profesión y que serán objeto de la prueba. Las referidas órdenes parecen mantener la estructura y el criterio de los contenidos objeto de evaluación, con la conveniente revisión «actualizadora», en virtud de novedades legislativas y la realidad social. Es fundamental incidir en el carácter orientativo, en el sentido de que aquellas impugnaciones de las pruebas de aptitud profesional que hubiesen señalado que tal pregunta no figuraría como prevista en el temario se desestimaron recordándose, en la propia resolución, que el programa de materias es orientativo.

El proceso de **adquisición** de la **capacidad profesional** conlleva la acreditación de una formación especializada: superar el Máster de Acceso a la Abogacía, que ha de incluir un período de prácticas profesionales tuteladas: habrán de estar finalizadas -según precisión de la Orden publicada en el BOE el 25-11-2015 y criterio a partir de esta- antes de la fecha en que se realice el examen de Estado, que consiste en la prueba de evaluación de aptitud profesional para el acceso al ejercicio.

- 136 La obtención del **título profesional** de abogado, como título acreditativo de aptitud profesional, será requisito imprescindible para la colegiación. Esta terminología, en su literalidad, podría dar lugar a error porque si, por un lado y, en concordancia con el vigente Estatuto General de la Abogacía, se insiste en que solo puede denominarse abogado, al colegiado ejerciente, puede «confundir» que para colegiarse sea necesario haber obtenido el título profesional de «abogado».

La mencionada Ley había determinado como necesario adquirir una **cualificación profesional** más allá de la sola obtención de una titulación universitaria, tanto para la consecución del título profesional del procurador: quien ejerce la representación procesal de las partes en los procesos judiciales, como del abogado: quien, en virtud de LOPJ , corresponde en exclusiva, tal denominación, no solo por la dirección y defensa de la parte en toda clase de procesos, sino también el asesoramiento y consejo jurídico; este último inciso no es una cuestión, en absoluto, pacífica, puesto que no existe duda alguna sobre la función de abogado en el área de litigación, pero sí es «interferida», en numerosos supuestos, la función exclusiva del abogado relativa a la prestación de asesoramiento y consejo jurídico que, en tanto, no se modifique por una norma del mismo rango, se interpreta que mantiene tal exclusividad. En el mismo cuerpo legal, se hace referencia a la obligatoriedad de la **colegiación** para actuar ante los juzgados y tribunales por lo que, algún sector «interesado» podría encontrar una fisura al no establecerse, específicamente, la obligatoriedad de la colegiación para la prestación de asesoramiento y consejo jurídico.

El **Ministerio de Justicia** mantiene actualizada, en su portal web, una **guía práctica** informativa del **proceso de evaluación**, así como de su contenido.

- 137 Mediante Acuerdo Consejo de Ministros 7-12-2017, se aprobó el **Plan Anual Normativo 2018**, entre cuyas previsiones se acometía con un único proyecto normativo la Ley de reforma de las condiciones de acceso y ejercicio de las profesiones de abogado y procurador de los tribunales que modificaría, entre otras, la L 34/2006 y la L 2/2007, de sociedades profesionales (nº 166 ).

El fin de la iniciativa es atender las objeciones de la Comisión Europea sobre la interacción entre el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador, acomodando la legislación española a las previsiones del Derecho comunitario que incide en tres ámbitos:

1) El relativo a la **reserva a los procuradores del ejercicio de funciones** tales como: la representación y la realización de actos de comunicación de las partes a los juzgados y tribunales, por considerarla desproporcionada y no acorde con el interés general.

2) La derogación de la prohibición de las **sociedades profesionales de carácter multidisciplinar**, abarcando ambas profesiones, que podría exceder del ámbito normativo de la deontología y que conllevaría la reforma de la Ley de sociedades profesionales, manteniendo la prohibición del ejercicio simultáneo de ambas, en concordancia con la LEC (nº 143 ). Sin un análisis riguroso del alcance de la reforma planteada, se ha difundido que se volvía a poner en liza la eliminación de la incompatibilidad para ser abogado y procurador, simultáneamente, pero solo está proponiendo

suprimir la prohibición “deontológica” circunscrita a la coexistencia de abogados y procuradores integrados en la misma sociedad profesional.

**3)** La modificación del **sistema de aranceles**, de modo que permita al justiciable acceder en régimen de libre competencia con más competitivos honorarios por la prestación del servicio profesional, siguiendo el criterio ya propuesto en el “muy versionado” anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales (nº 143 ). Específicamente, fijaría un máximo de 75.000 euros como cuantía global de los derechos devengados por un procurador en un mismo asunto, en lugar del sistema de aranceles mínimos obligatorios. Todo ello en relación a la evolución del sistema de honorarios de los abogados (nº 250 ).

Se proponía reanudar la creación de **escuelas de práctica jurídica** por los colegios de abogados y procuradores (nº 232 ), pudiendo ser homologadas al efecto.

#### Precisiones

Dados los recientes cambios de Gobierno, se desconoce la suerte de trámite parlamentario que pudiera seguir este texto de **anteproyecto de Ley** de reforma de las condiciones de acceso y ejercicio de las profesiones de abogado y procurador que se quedó en fase de alegaciones para los colectivos implicados.

### H. Legislación de colegios profesionales

(Const art.36)

**140** El **principio de representación orgánica** consagrado por el ordenamiento constitucional español se hace efectivo mediante la participación de los ciudadanos en las tareas legislativas y en las demás funciones de interés general, que se lleva a cabo, entre otros, a través de **entidades** con representación orgánica que, a este fin, reconozcan las leyes. En cuanto satisfacen exigencias sociales de interés general, estas instituciones deben ser amparadas para que puedan participar eficazmente en el perfeccionamiento de los **finés de la comunidad nacional**.

Entre las entidades aludidas, se encuentran los colegios profesionales que, antes de dictar la L 2/1974 , de colegios profesionales, se encontraban regulados por una serie de disposiciones dispersas y de distinto rango, por lo que fue aconsejable dictar una disposición que, con carácter general y atendiendo a la variedad de las actividades profesionales, recogiese los principios jurídicos básicos en esta materia y garantizase la **autonomía** de los colegios, su personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de los fines profesionales, así como las funciones de la Administración en orden a la **regulación de las profesiones** dentro del necesario respeto del ordenamiento jurídico general.

**141** En consecuencia, esta Ley, tras definir a los colegios profesionales y destacar su carácter de cauce orgánico para la participación de los españoles en las **funciones públicas de carácter representativo** y demás tareas de interés general, regula la organización y funcionamiento de los colegios, del modo más amplio posible, en consonancia con el carácter profesional de los fines colegiales.

Los colegios profesionales están reconocidos en Const art.36 . Este precepto constitucional tiene por objeto, singularizar a los colegios profesionales como **entes distintos de las asociaciones**, remitiéndose a la ley para que esta regule las peculiaridades propias del régimen jurídico de las organizaciones colegiales, con el mandato de que su **estructura interna y funcionamiento** habrán de ser, en todo caso, democráticos ( TCo 20/1988 ). Según se determina en la Ley de colegios profesionales, sin perjuicio de las leyes que regulen la profesión de que se trate, se rigen por sus propios estatutos y por los reglamentos de régimen interior por facultad de **autorregulación**. Igualmente, dispone que los Consejos Generales elaborarán para todos los colegios de una misma profesión unos **Estatutos Generales**, que serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente.

A raíz de las recientes **controversias** entre los colegios de abogados y la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), por ejemplo sobre materia de **honorarios** (nº 250 ), subrayar que la L 2/1974 art.2 ya establecía que el ejercicio de las profesiones colegiadas ha de realizarse en régimen de libre competencia (salvo la obtención por el justiciable del beneficio de justicia gratuita, al estar fijados los baremos de retribución) y con sujeción, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal remitiendo, a la legislación general y específica sobre la ordenación propia de cada profesión aplicable, los demás aspectos del ejercicio profesional.

Las **obligaciones de colegiación** actuales ( L 2/1974 art.3 ) se mantienen en tanto no se promulgue la nueva Ley de servicios y colegios profesionales que se tratará a continuación.

### 143 Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales

El anteproyecto se manifestaba a favor de la **máxima liberalización** y la eliminación de barreras, manteniendo la colegiación solo donde se considerase imprescindible como acicate al crecimiento de la actividad económica sin dañar la seguridad jurídica. En este sentido:

- se establecía una lista de profesiones de colegiación obligatoria y se reforzaban las medidas de transparencia y buen gobierno;

- las restricciones de acceso a una actividad basada en una cualificación profesional solo podrían ser establecidas por ley.

Destacaba la **naturaleza de corporación de derecho público** de los colegios, con asunción de funciones públicas, a diferencia de las asociaciones, por lo que era necesario su sometimiento a un **control** en el desempeño de estas, con el objetivo de garantizar la protección de los colegiados, consumidores y usuarios. Se reforzaban los criterios de buen gobierno y se establecían facultades concretas de la Administración pública para **disolver** el órgano de gobierno del colegio, tras un procedimiento reglado, en determinados supuestos, como por ejemplo, mal funcionamiento grave.

Se mejoraba el ejercicio de la potestad disciplinaria de los colegios, estableciendo que el **código deontológico** de cada organización colegial sea único en todo el territorio nacional.

Apuntada la prohibición de la recomendación sobre **honorarios**, no obstante, los colegios de abogados y los de procuradores podrían elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados y procuradores. Dichos criterios se consideraban igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

Se clarificaba el **régimen económico** de los colegios (nº 247 ), eliminando la cuota de inscripción. La cuota periódica deberá ser suficiente para garantizar el sostenimiento de las funciones públicas, con un tope máximo, salvo algunos supuestos de excepción. Los colegios de pertenencia obligatoria deberán ofertar un régimen de cuotas obligatorias bonificado para los profesionales en desempleo.

Finalmente, se retiró de su tramitación esta Ley, reforma que había impulsado el Ministerio del ramo de Economía que, por un lado, la **Unión Europea** había urgido a España, sin embargo, una de las justificaciones oficiales de su retirada fue el análisis de una directiva comunitaria, en relación con el **reconocimiento de cualificaciones profesionales** y la **regulación del acceso** a determinadas profesiones, que hacía imposible concretar el proceso definitivo de esta norma con medidas tales como, el planteamiento en primeros borradores de suprimir la incompatibilidad entre el ejercicio de procurador y abogado. Esta norma suscitó muchísima polémica entre los numerosos colectivos afectados pero no por polémica deja de ser conveniente el espíritu del contenido de su regulación.

#### Precisiones

Aunque el actual Estatuto General de la Abogacía Española establece -con alguna excepción- la **colegiación obligatoria** para el ejercicio de la abogacía, a lo largo de las sucesivas versiones del texto del Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales se planteó la exoneración de obligatoriedad de colegiación a los abogados con relación laboral, incluso en borradores iniciales, que la colegiación solo fuese obligatoria para los que ejercían ante juzgados y tribunales.

### 145 Colegios profesionales de la Comunidad de Madrid (L 19/1997)

La Constitución no impone un único modelo de colegio profesional, sino que deja en libertad al legislador para configurarlos de la manera más conveniente para la satisfacción de los **finés privados y públicos** que persiguen.

El Tribunal Constitucional señaló que corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a las que han de ajustar su organización y competencias las corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales ( TCo 76/1983 ).

El **régimen jurídico** de los colegios profesionales madrileños está integrado por la legislación básica del Estado, contenida en la Ley de Servicios Profesionales y por la normativa que, en el desarrollo de la misma, dicte la Comunidad de **Madrid**, que se dicta al amparo de la competencia recogida en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

### 146 En los **aspectos organizativos y competenciales** existe una **equiparación** entre los colegios profesionales y las Administraciones públicas de carácter territorial, que determina la aplicabilidad a los entes colegiales de la Const art.149.1.18 .

El **carácter preconstitucional** de la Ley de colegios profesionales de 1974 dificultó, a pesar de las modificaciones posteriores, la precisión de las normas que tienen el carácter de legislación básica, lo que introduce un elemento de inseguridad a la hora de regular las particularidades del régimen colegial de la Comunidad de Madrid.

La Ley pretende reforzar las funciones públicas desarrolladas por los colegios profesionales, tanto atribuyéndoseles directamente determinados fines y funciones, como habilitando los **instrumentos** necesarios para, en el **ejercicio de competencias** de la Comunidad de Madrid se facilitase la colaboración con los distintos colegios de la comunidad (encomiendas de gestión, convenios de colaboración, etc.).

Esta Ley trata de mantener un **equilibrio** entre la determinación legal del régimen de los colegios profesionales y el respeto de su autonomía de funcionamiento, de tal manera que muchas de sus **previsiones** deben ser desarrolladas a través de los **estatutos colegiales**. Se refiera a que los estatutos de los colegios serán aprobados por los mismos, de forma autónoma, debiendo ser inscrito en el Registro de colegios profesionales y publicados en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

El ámbito de aplicación de la Ley utiliza un criterio de **conexión territorial** al establecer que la Ley se aplicará a los colegios que desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito de la Comunidad de Madrid así como a ciertas actividades que puedan desarrollar otros colegios en el ámbito territorial de Madrid.

Se crea la **comisión de recursos** como órgano colegiado encargado de la resolución de los recursos que puedan interponerse contra los actos de los colegios profesionales -en la provincia de Madrid, serían los actos del Colegio de Abogados de Madrid y del Colegio de Alcalá de Henares-.

## I. Estatuto General de la Abogacía Española

(RD 658/2001)

- 154 A partir de la Constitución de 1978, la figura del abogado y su papel en defensa de los intereses y derechos de los ciudadanos y como colaborador del Poder Judicial, a quien corresponde la tutela de tales intereses y derechos, obligó a la puesta al día del Estatuto General de la Abogacía, elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española, en uso de las facultades de **autorregulación** que tiene conferidas, y de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado a propuesta del Ministerio de Justicia, el Consejo de Ministros lo aprobó en 1982. Tras una larga tramitación, el Consejo de Ministros aprobó la actual redacción en 2001, por medio del RD 658/2001 .

El 31-5-2001 se había suscrito el **Pacto de Estado** para la reforma de la Justicia con el fin de abordar una modernización íntegra de nuestro sistema judicial, impulsando un nuevo modelo de justicia global y estable que garantizase los derechos de los ciudadanos. El papel esencial de los abogados en este proceso quedó plasmado en el punto veinte del Pacto de Estado que preveía, de manera explícita, la aprobación de un nuevo Estatuto de la Abogacía, como nuevo marco normativo para el ejercicio de la profesión.

El abogado es **colaborador necesario** de la función jurisdiccional, por tanto, para alcanzar una Justicia ágil y eficaz es fundamental ir actualizando la **regulación de la profesión de abogado**; el papel de este en el ejercicio de su profesión y en defensa de su cliente, contribuye activamente a mejorar e incrementar la calidad de la Justicia.

- 156 Desde la aprobación del Estatuto General de la Abogacía Española, se han producido unas reformas legales de gran trascendencia con especial **afectación a la ordenación de las profesiones colegiadas**; en concreto, la L 17/2009 , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la modificación de la Ley de colegios profesionales por la llamada Ley Ómnibus ( L 25/2009 ), la Ley de sociedades profesionales ( L 2/2007 ; nº 166 ); la Ley de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales ( L 34/2006 ; nº 135 y 136 ) y la Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia ( L 18/2011 ).

### Precisiones

Ante estas modificaciones habidas en nuestro ordenamiento jurídico y para su adaptación a ellas, el Consejo General de la Abogacía Española procedió a la **reforma** tanto del **Estatuto General** (nº 9510 ) como el **Código deontológico** de la Abogacía Española (nº 9520 ). No obstante, y mientras no se completa la tramitación de estas modificaciones, que necesariamente han de ir estrechamente ligadas a la futura Ley de servicios y colegios profesionales, determinados artículos del Estatuto General de la Abogacía Española se han visto afectados por las reformas legislativas referidas.

- 158 En el Estatuto se consagran los principios de libertad e independencia de los profesionales de la abogacía puestos siempre al servicio del defendido, así incide en las características de la **abogacía** como una **profesión libre e independiente** cuya función es prestar un servicio a la sociedad en interés público, así como se refuerza el principio de la **buena fe** que preside, en todo caso, las relaciones entre el cliente y el abogado, garantizando la adecuada defensa de los intereses del justiciable ante los tribunales.

Este texto respondió a la necesidad de adecuar la normativa reguladora del ejercicio de la profesión a la realidad social, acorde por un lado, con las competencias de las comunidades autónomas, en las materias que regula y, por otro lado, con la Ley de colegios profesionales y estableciendo la colegiación única y el sometimiento del ejercicio de la profesión al principio de la **libre competencia** y a la disciplina de **competencia desleal**. Igualmente, se adaptó a la **normativa comunitaria** respecto al ejercicio de la profesión por los titulados de los Estados miembros ( L 7/1997 ).

160 Se regularon, entre otros extremos, el sistema de la **libre circulación de los abogados** de todos los Colegios por España y la Unión Europea, de acuerdo con la L 2/1974 art.3.3 (Ley de colegios profesionales), en su redacción por la L 25/2009 , los colegios no pueden exigir para ejercer en su territorio correspondiente, a los colegiados en otro colegio, comunicación ni habilitación alguna. Ha de entenderse derogada la obligación de comunicación de ejercicio profesional prevista en el Estatuto General de la Abogacía Española, el ejercicio individual, colectivo (se suprimió la limitación del número de miembros que componían los despachos colectivos) y multidisciplinar de la abogacía; un más preciso **sistema de incompatibilidades** con otras actividades, entre las que se contempló la de los auditores de cuentas; la mejora del **régimen deontológico y disciplinario** y las normas sobre publicidad y honorarios, desaparecieron los honorarios mínimos que debía pagar el cliente al abogado fijados por los colegios profesionales, que quedaron, finalmente, reducidos a criterios orientativos (nº 250 ), en aras de facilitar mayor competencia y mejora en los servicios ofertados y la desaparición del requisito procedimental del **bastanteo de poderes** del cliente respecto a su abogado como trámite tradicional previo al inicio de la defensa, reduciendo costes. Como garantía de mejora el servicio profesional prestado, por primera vez, los colegios de abogados podían prestar servicios para el **aseguramiento de la responsabilidad** profesional en la que pudiera incurrir un abogado mediante, por ejemplo, suscripción de pólizas colectivas.

162 Y se reguló también el **funcionamiento y la composición de los órganos de gobierno** de la abogacía, colegios de abogados, consejos de colegios de las comunidades autónomas y del Consejo General de la Abogacía Española.

Los **deberes deontológicos y éticos** de los abogados se vieron sustancialmente reforzados. La exigencia del cumplimiento de la función de defensa con el máximo celo y diligencia en guardar el secreto profesional es un claro ejemplo del rigor en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Se contempló la posibilidad de **asociaciones de abogados** con otros profesionales, de tal modo que ofrecían unos servicios especializados de manera coordinada en beneficio del cliente. Se reguló esa participación del abogado como miembro de sociedad multiprofesional con un régimen de garantías que preserva la deontología profesional.

164 Se determinó que **son abogados** quienes, incorporados a un colegio español de abogados, en calidad de ejercientes, se dedican profesionalmente al asesoramiento, consejo jurídico así como dirección y defensa de los intereses jurídicos ajenos ( LOPJ art.542 ). Se estableció otra denominación de **colegiados no ejercientes**, aquellos que pertenezcan a los colegios de abogados que reúnan determinados requisitos establecidos estatutariamente.

El Estatuto General de la Abogacía Española estableció que para el ejercicio de la abogacía, salvo en algunos casos determinados expresamente por la Ley o por el propio Estatuto General, es **obligatoria la colegiación** en un colegio de abogados, que será el del domicilio profesional único o principal.

#### Precisiones

Con fecha 12-6-2013, el Consejo General de la Abogacía Española aprobó la parte articulada del **nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, pendiente del texto definitivo**, a la vista de las observaciones que se efectúen en su tramitación.

### J. Normativa sobre deontología

165 La función social de la abogacía exige establecer unas normas deontológicas (nº 106 ) para el adecuado ejercicio de la profesión y, desde tal punto de vista, habría que tener en cuenta:

- Código Deontológico de la Abogacía Española adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española (nº 9520 ), aprobado en 2002 por el Consejo de la Abogacía Española para incorporar determinadas reformas legales, de gran trascendencia, que afectaron de forma especial a la ordenación de las profesiones colegiadas;

- Reglamento de procedimiento disciplinario aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española en 2009.

El **Consejo de la Abogacía Europea** tiene como misión principal representar a los colegios de abogados y consejos de la abogacía miembros en todas las materias de interés común relacionadas con el ejercicio de la **profesión de abogado**, el desarrollo del Derecho y de la práctica relativa al Estado de Derecho y la administración de Justicia. En este sentido la CCBE ha adoptado dos textos:

1. **Carta de principios esenciales de la Abogacía Europea** de 2006. No fue concebida como un código deontológico, contiene una lista de 10 principios fundamentales compartidos por las normas nacionales e internacionales que regulan la abogacía. Está dirigida tanto a los propios abogados como a los legisladores y al público en general.

2. **Código Deontológico de los Abogados Europeos** de 1988 (nº 9530 ), la última enmienda es de 2006. Se trata de un texto legal que deben cumplir en sus actividades transfronterizas todos los abogados miembros de colegios de abogados de los países incardinados en la CCBE.

## K. Determinadas peculiaridades mercantiles y laborales

### 166 Sociedades profesionales

(L 2/2007)

El ejercicio de los servicios profesionales había evolucionado hacia la organización colectiva que incidió en la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, la propia sociedad profesional. Se someten a un régimen de **inscripción constitutiva** en el Registro Mercantil, aún cuando se trate de sociedades civiles, además de la instauración del **Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional** correspondiente. La creación de certidumbre jurídica sobre las **relaciones jurídico-societarias**, asegurando que el control de la sociedad corresponde a los socios profesionales, la determinación del régimen de responsabilidad como garantía a los clientes de los servicios profesionales, en tanto resulta destacable que la sociedad profesional también podrá ser sancionada, en los términos establecidos en el régimen disciplinario que corresponda, según su ordenamiento profesional, sin perjuicio de la responsabilidad personal del profesional que haya intervenido en la prestación del servicio, es decir, la sociedad es un sujeto profesional sometido a la potestad deontológica de los colegios profesionales, incluso las deudas sociales que se deriven de actos profesionales responderán solidariamente la sociedad y el profesional actuante, extremo a considerar por la cobertura del seguro que habrá de ser suscrito.

Las sociedades que tengan por **objeto social** el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de esta Ley que las registrará y, supletoriamente, las normas correspondientes a la forma social adoptada. Podrán ejercerse varias actividades profesionales, siempre que tal **ejercicio multidisciplinar** no se haya declarado incompatible (nº 136 ).

### 167 Relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos

(RD 1331/2006)

La regulación de una relación laboral de carácter especial implica que se establezca una regulación diferenciada de la regulación de la relación laboral general debido a que inciden determinadas **peculiaridades** que, entre los abogados y los despachos se pueden identificar las siguientes:

a) El ámbito en que se desarrolla la relación laboral, los despachos de abogados, en el que aparece una **relación triangular**, titular del despacho, cliente y abogado, que condiciona el desarrollo de la relación laboral.

b) Las **condiciones** en que los abogados tienen que desarrollar su **actividad laboral** en los despachos, en la medida en que, además de las **normas** laborales que resulten de aplicación, a los abogados se les aplicarán las normas que rigen la profesión, incluidas las deontológicas, además de tener presente que el ejercicio de su profesión, la función del abogado va más allá de los intereses de su cliente y del despacho, en la medida en que son un instrumento en la medida en que participan en la función pública de la administración de justicia.

## L. Ejercicio de la abogacía en la Unión Europea

170 Todo abogado incorporado a cualquier colegio de abogados de España podrá prestar sus **servicios profesionales** libremente en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la normativa vigente al respecto.

El ejercicio de la abogacía **transfronteriza en la Unión Europea** comporta diversos aspectos interrelacionados entre sí, incluyendo normativa, deontología, el modo de ejercer en sus tribunales, los específicos: tanto de la Unión Europea -Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y Tribunal General, ambos sitos en Luxemburgo-, como del Consejo de Europa -Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sito en Estrasburgo (Francia)-.

171 La **normativa aplicable** es en este ámbito, principalmente, la siguiente:

- Dir 77/249/CEE , dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la **libre prestación de servicios por los abogados**, transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través del RD 607/1986 , encaminado a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los abogados;

- Dir 98/5/CE , destinada a facilitar el **ejercicio permanente** de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, transpuesta en España mediante el RD 936/2001 , por el que se permite el ejercicio en España de abogado con título obtenido en otro estado UE;

- Dir 89/48/CEE , relativa al sistema general de **reconocimiento de los títulos de enseñanza superior** que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de 3 años. Derogada y reemplazada por la Dir 36/2005/CE , transpuesta a nuestro ordenamiento interno mediante RD 1837/2008 -por el que también se transpone la Dir 2006/100/CE , relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado-;

- Dir 2003/8/CE de acceso a la **justicia gratuita en los litigios transfronterizos**, se incorporó mediante la L 16/2005 , que modificó la L 1/1996 , de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea. En relación con la Dir 2008/52/CE , sobre mediación transfronteriza de asuntos civiles y mercantiles;

- Dir 2006/123/CE , de servicios, se incorporó por la L 17/2009 , sobre el **libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**.

## M. Ley de asistencia jurídica gratuita

(L 1/1996)

172	1. Introducción	173
	2. Modificaciones introducidas en la Ley de asistencia jurídica gratuita	174
	3. Principales aspectos regulados en la vigente Ley de asistencia jurídica gratuita	184

### 1. Introducción

173 La Constitución establece una cláusula general relativa a que la Justicia será gratuita respecto de quienes acrediten **insuficiencia de recursos para litigar**, en relación con el principio de **acceso a la jurisdicción** ( Const art.119 y 24.1 ). El Tribunal Constitucional clarifica la cierta indeterminación de la cláusula utilizada, concretando que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso -incluidos los honorarios de abogados, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria- sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos ( TCo 16/1994 ).

El reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita parte del trabajo previo de los colegios profesionales: inician la tramitación ordinaria de las solicitudes, analizan las pretensiones y acuerdan designaciones o denegaciones provisionales. La resolución final corresponde a la **comisiones de asistencia jurídica gratuita** (nº 255 ), como órganos administrativos colegiados y competentes, para dictar la resolución reconociendo o denegando el derecho, sin perjuicio del **control judicial**, sobre la aplicación efectiva del derecho, a través de los recursos que procedan.

Con el fin de asegurar los pagos de los servicios profesionales, el Ministerio de Justicia puede impulsar la firma de **convenios con las comunidades autónomas** que hayan asumido competencias en materia de Administración de Justicia.

La **gestión de los servicios** de asistencia jurídica gratuita por los colegios de abogados es **subvencionada** por las Administraciones públicas competentes con cargo a sus dotaciones presupuestarias. De acuerdo con la tipología de los procedimientos en los que intervengan los profesionales designados de oficio, habrán de corresponderse las bases económicas y **módulos de indemnización** por la prestación de cada servicio de asistencia jurídica gratuita.

La reforma operada por el RD 13/2013 , por el que se modifica el **régimen de tasas**, en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, solucionó las dificultades con las que se encontraban las **víctimas de violencia de género** tras la entrada en vigor de la Ley de Tasas ( L 10/2012 ). Siguiendo las directrices marcadas por el Parlamento Europeo y del Consejo, por establecer normas mínimas sobre los derechos y la protección de las víctimas de delitos, se amplió el ámbito subjetivo de reconocimiento del derecho a determinados **colectivos** considerados especialmente **vulnerables**, con independencia de la insuficiencia de recursos para litigar, víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, menores y personas con determinadas discapacidades.

Precisiones



El Proyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita de reforma de la L 1/1996 , se encontraba estrechamente relacionado con la Ley de Tasas ( L 10/2012 ) por establecer un nuevo modelo de administración de justicia basado en un **sistema mixto de financiación** con cargo a impuestos y tasas. Este servicio público, prestado fundamentalmente por la abogacía y procura y financiado con fondos públicos, con la reforma de la LOPJ se incluyó también a los **graduados sociales** (nº 112 ), cuya incorporación ya figuraba en la Exposición de Motivos del texto del Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica, en tanto que pueden ostentar la **representación técnica** en determinados procedimientos laborales y de Seguridad Social, aunque no se ha reiterado su inclusión en la reforma operada por la L 42/2015 , de reforma de la LEC.

## 2. Modificaciones introducidas en la Ley de asistencia jurídica gratuita

---

174 El Proyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita inició su tramitación parlamentaria hace más de 3 años pero, finalmente, no ha concluido con una reforma integral de esta Ley, que ha cumplido más de 20 años, a fin de adecuarla a la realidad actual, intentando finalizar un largo proceso, de **modificaciones parciales** incardinadas en leyes no siempre relacionadas con la esencia de esta.

180 Es conveniente identificar las **novedades** aprobadas por distintas disposiciones legales:

1. La **L 5/2012** , de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su disposición adicional segunda establece que las Administraciones públicas han de impulsar y procurar incluir la **mediación** dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la L 1/1996 , de asistencia jurídica gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes (nº 257 ).

2. El **RD 13/2013** , por el que se modifica el **régimen de tasas** en lo que atañe a las víctimas de violencia de género y otras (nº 172 ).

3. La **L 15/2015 disp.final 19ª** , de la jurisdicción voluntaria, refiriéndose a la gratuidad de determinados **expedientes notariales y registrales**: establece el reconocimiento de las prestaciones previstas en la normativa de asistencia jurídica gratuita referidas a la reducción de los aranceles notariales y registrales, la gratuidad de las publicaciones y, en su caso, la intervención de peritos, a los siguientes expedientes:

a) En materia de **sucesiones**:

- el de declaración de herederos abintestato;
- el de presentación, adverbación, apertura y lectura, y protocolización de testamentos; y
- el de formación de inventario de la Ley del Notariado ( L 28-5-1862 ).

b) En materia de **derechos reales**:

- el de deslinde y amojonamiento de las fincas inscritas;
- el de dominio para la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna;
- el de reanudación del tracto sucesivo interrumpido;
- el de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación; y
- el de liberación registral de cargas o gravámenes extinguidos por prescripción, caducidad o no uso, de la Ley Hipotecaria.

La acreditación de los **requisitos** para el reconocimiento del derecho a las prestaciones señaladas tendrá lugar, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de asistencia jurídica gratuita, ante el Colegio Notarial o Registro que corresponda, los cuales tendrán las facultades previstas por dicha ley para verificar la exactitud y realidad de los **datos económicos** que proporcionen los solicitantes. Cuando se solicite el reconocimiento del derecho para la asistencia de Letrado en los casos de **separación o divorcio** ante notario, la acreditación se ha de realizar en la misma forma prevista en la Ley de asistencia jurídica gratuita.

182 4. La **L 42/2015** , de reforma de la LEC , cuya disp.final tercera modifica la Ley de asistencia jurídica gratuita:

a) Puede destacarse un primer grupo de modificaciones que responde a la necesidad de resolver las diversas dudas interpretativas que pusieron en peligro la **uniformidad en la aplicación del modelo** y, por consiguiente, la **igualdad en el acceso** al derecho a la asistencia jurídica gratuita, por ejemplo, las modificaciones relativas a que el reconocimiento del derecho por circunstancias sobrevenidas no tiene carácter retroactivo; no se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita una vez presentada la demanda, o al demandado una vez formulada su contestación, salvo que, en su solicitud, se acredite ante la comisión de asistencia jurídica gratuita (nº 255 ) que las circunstancias y condiciones necesarias, para obtener aquel, sobrevinieron con posterioridad a la demanda o contestación, respectivamente.

Asimismo, se determina que las aportaciones del sistema serán proporcionadas en los supuestos de **pluralidad de litigantes** con derecho a asistencia jurídica gratuita.

b) Un segundo bloque de cambios serían los relativos a los supuestos que permiten el **reconocimiento del derecho**, estableciendo una casuística más amplia, favoreciendo el nivel de renta exigido y aumentando la cobertura del sistema con tratamiento especial a todo tipo de familias numerosas.

c) El tercer conjunto de reformas afecta al **funcionamiento del sistema**, al promoverse el desarrollo de la tecnología, regulando la presentación de la solicitud, búsqueda de datos y comunicación de la resolución por **medios tecnológicos**.

Entre las disfunciones detectadas en los últimos años de aplicación de esta Ley, habría que destacar las situaciones de **discordancia en los datos** aportados por los solicitantes con los reales y en búsqueda de solución, se aumentan las **facultades de averiguación patrimonial** por parte de las comisiones de asistencia jurídica gratuita, de tal modo que, no solo se requiera a la Administración tributaria la confirmación de los datos, sino que también se podrá instar al Catastro, a la Seguridad Social y a los Registros de la Propiedad y Mercantiles y, en general, a aquellos otros que permitan comprobar por medios electrónicos la información proporcionada en la solicitud.

La información que se va a comprobar no es solo la relativa a rentas o ingresos, sino que también se va a tener en cuenta el **patrimonio**. Para garantizar la **protección de datos**, se exige el consentimiento expreso.

Este planteamiento se completa con la posibilidad de la **revocación del derecho**: por parte del juez competente, si aprecia **temeridad o abuso del derecho** en la pretensión amparada por el derecho de asistencia jurídica gratuita y, por parte de la comisión de asistencia jurídica gratuita, con audiencia del interesado y con resolución motivada, atribuyéndose a la misma también el trámite para la declaración de que el beneficiario ha llegado a **mejor fortuna**. En cuanto a la composición de las comisiones, se excluye de las mismas al Ministerio Fiscal, extremo reiteradamente reclamado.

En relación al supuesto que hubiese pronunciamiento sobre **costas** en la resolución que ponga fin al proceso:

- si fueran a favor de quien tuviera el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá la parte contraria abonar las causadas en la defensa y representación de aquélla;

- si fuera condenado en costas quien tuviera reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los 3 años siguientes a la terminación del proceso viniera a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del CC art. 1967 .

**5. La L 2/2017** , de modificación de la L 1/1996 , de asistencia jurídica gratuita, garantiza que las **compensaciones con carácter indemnizatorio** (evitando el término retribución, como se refería el texto ahora modificado) obtenidas por los abogados del turno de oficio por la prestación de dicho servicio no tributen por **IVA**.

Los efectos de esta ley se producen desde el 1-1-2017, a fin de evitar cualquier situación transitoria, ya que la polémica comenzó a partir de una resolución de 25 de enero de la Dirección General de Tributos, que entendió que sí estarían sujetos a IVA, aplicando el criterio de una sentencia del TJUE de julio de 2016 que señalaba que carecían de **carácter social**.

En consecuencia, la referida L 2/2017 incide en el carácter social de este servicio público y, además de referirse al cobro del profesional como una indemnización en lugar de retribución, expresamente, marca como **obligatorio** la prestación del servicio; dicha obligatoriedad, la salva, facultando a los colegios para organizar el servicio y dispensar al abogado cuando existan razones que lo justifiquen.

### 3. Principales aspectos regulados en la vigente Ley de asistencia jurídica gratuita

#### 184 Ámbito personal de aplicación

La Ley de asistencia jurídica gratuita es de aplicación a los siguientes **sujetos**:

##### a) **Personas físicas**:

• Si acreditan **insuficiencia de recursos** para litigar: ciudadanos españoles, incluye los ciudadanos de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España (p.e. procedimientos que de denegación de su entrada en España, expulsión y materia de asilo).

Los recursos e ingresos económicos brutos, en cómputo anual y por unidad familiar, no deben superar los siguientes **umbrales** referidos al IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples):

Sujeto	Cuantías
No integrado en unidad familiar	IPREM x 2

Sujeto	Cuantías
Unidad familiar < 4 miembros	IPREM x 2,5
Unidad familiar > 4 miembros o familias numerosas	IPREM x 3

**Excepcionalmente**, podrá reconocerse el derecho a personas cuyos ingresos no excedan del IPREM x 5, en atención a las circunstancias de familia, número de hijos o familiares a su cargo y, en todo caso, a ascendiente de familia numerosa de categoría especial así como atendiendo a circunstancias de salud del solicitante, la comisión de asistencia jurídica gratuita determinará que costes de determinadas prestaciones se liberaría al solicitante.

Destacar que, en el **orden jurisdiccional social**, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la para la efectividad de derechos laborales en procedimientos concursales; para estos también en los litigios que, sobre esta materia, se sustancien ante el orden contencioso-administrativo.

• Asimismo, con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a:

- las **víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos**, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad, intelectual o enfermedad mental, cuando sean **víctimas de situaciones de abuso o maltrato**. Se prestará de inmediato y deberá ser el mismo abogado el que asista en la defensa.

- quienes a causa de un accidente acrediten **secuelas permanentes** que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

#### Precisiones

1) Para la determinación del **concepto de unidad familiar** se estará a lo establecido en LIRPF, equiparándose a los cónyuges no separados legalmente las parejas de hecho constituidas de conformidad con los requisitos que les fueran exigibles. Los medios económicos serán valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia.

2) A los efectos de comprobar la **insuficiencia de recursos** para litigar, además de las rentas y otros bienes patrimoniales que declare el solicitante, se tendrán en cuenta los **signos externos** que manifiesten su real capacidad económica, negándose el derecho a la asistencia jurídica gratuita si dichos signos, revelan la disposición de medios económicos que superan el límite fijado por la ley. Para valorar la existencia de patrimonio suficiente se tendrá en cuenta la titularidad de bienes inmuebles siempre que no constituyan la vivienda habitual del solicitante, así como los rendimientos del capital mobiliario.

#### 185 b) Personas jurídicas:

- entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social;
- asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo;
- aquellas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar:

- Asociaciones de utilidad pública.
- Fundaciones inscritas en el registro público correspondiente.

Además, hay que incluir:

- Cruz Roja Española tendrá reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar.
- Asociaciones de consumidores y usuarios.
- Asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar.

#### 186 Contenido material del derecho

El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes **prestaciones**, entre otras:

1. **Asesoramiento y orientación** gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la Ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.

2. Cuando se trate de **víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos**, así como de menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela.

3. **Asistencia de abogado al detenido** que no lo hubiera designado. No será necesario que el detenido acredite previamente carecer de recursos, sin perjuicio de que si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deba abonar al abogado los **honorarios** devengados por su intervención.

4. **Defensa y representación** gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea preceptiva.

5. Inserción gratuita de **anuncios o edictos**, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.

6. **Asistencia pericial** gratuita por personal adscrito, exención del pago de tasas judiciales en su caso, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.

7. Gratuidad en **copias, testimonios y actas notariales** o sino, según caso, reducción del 80% de los derechos arancelarios.

### 187 Extensión temporal

El derecho a la asistencia jurídica gratuita se extiende durante:

- el transcurso de una **misma instancia** (se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la **ejecución**), pero no podrá aplicarse a un proceso distinto.

- interposición de los **recursos** contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia, aplicándose, en este caso, lo dispuesto en L 1/1996 art.32 .

Cuando la competencia para el conocimiento de los recursos corresponda a un órgano judicial cuya sede se encuentre en **distinta localidad**, se requerirá a los respectivos colegios la designación de abogado de oficio ejerciente en dicha sede jurisdiccional.

### 188 Insuficiencia económica sobrevenida

El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por circunstancias sobrevenidas, **no tendrá carácter retroactivo**.

**a)** No se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita, salvo que se acredite en la solicitud ante la comisión de asistencia jurídica gratuita, que las circunstancias necesarias para obtenerlo sobrevinieron con posterioridad:

- al actor, una vez que haya presentado la demanda;

- al demandado, una vez formulada su contestación;

- al actor o al demandado si pretenden el reconocimiento del derecho en la segunda instancia, o para interponer el recurso de casación respecto de la segunda instancia;

**b)** No procederá la solicitud del derecho cuando el proceso ya hubiera finalizado mediante resolución firme, salvo que se refiera a su ejecución.

### 189 Comisión de asistencia jurídica gratuita. Reconocimiento del derecho

La comisión de asistencia jurídica gratuita es el órgano responsable de efectuar el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, en su correspondiente **ámbito territorial** que puede ser, en cada capital de provincia, en las ciudades de Ceuta y Melilla y en cada isla en que existan, uno o más, partidos judiciales o un ámbito territorial distinto si así lo determina el órgano autonómico. En relación con los juzgados y tribunales con competencia en todo el territorio nacional, en Madrid, existe una Comisión Central de asistencia jurídica gratuita. El funcionamiento de las comisiones de asistencia jurídica gratuita se ajustará a las **leyes administrativas**.

El **reconocimiento del derecho** a la asistencia jurídica gratuita **se instará** por los solicitantes **ante** el colegio de abogados del lugar en que se halle el juzgado o tribunal que haya de conocer del **proceso principal** para el que aquel se solicita, o ante el juzgado de su **domicilio**; en este último caso, el órgano judicial dará traslado de la petición al colegio de abogados territorialmente competente.

El solicitante deberá indicar si son todas o cuales son las prestaciones incluidas en cuyo reconocimiento pide, acompañando los datos y documentos para su acreditación, la pretensión que se quiera hacer valer así como la identificación de la parte contraria.

La **presentación de la solicitud** podrá realizarse por cualquier medio, incluyendo los previstos en la normativa de acceso **electrónico** de los ciudadanos a los servicios públicos. Cuando haya **concurriencia de litigantes** en un proceso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita deberá ser instado individualmente por cada

uno de los interesados. Con carácter general, si de acuerdo a las leyes procesales, los solicitantes deban litigar bajo una sola defensa o representación, deberán computarse, a efectos del reconocimiento del derecho, la totalidad de los ingresos y patrimonio de los solicitantes.

El colegio archivará la solicitud si transcurrido el plazo de 10 días hábiles, no se subsanase cualquier deficiencia constada por el propio colegio.

#### 190 Designaciones provisionales

Si resulta acreditado que el peticionario se encuentra incluido en el ámbito subjetivo de la Ley, el colegio de abogados procederá, en el plazo máximo de 15 días, desde la recepción de la solicitud o de la subsanación de los defectos, a la designación provisional de **abogado**, comunicándolo inmediatamente al colegio de procuradores a fin de que, en caso de ser preceptivo, en el plazo máximo de 3 días, se designe **procurador** que asuma la representación. En el caso de que el colegio estimara que el peticionario no cumple las condiciones, o que la pretensión principal es manifiestamente **insostenible**, notificará en el plazo de 5 días al solicitante que no ha efectuado el nombramiento provisional de abogado y trasladará la solicitud a la comisión de asistencia jurídica gratuita.

#### 191 Suspensión del curso del proceso

La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso o expediente administrativo. No obstante, a fin de evitar que el **transcurso de los plazos** pueda provocar la **preclusión** de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, de oficio o a petición de estas, se podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia.

Si la **solicitud** del reconocimiento se realiza **antes de iniciar el proceso** y la acción pudiera resultar perjudicada por el transcurso de plazos de prescripción o caducidad, se interrumpirá o suspenderá, respectivamente, hasta la designación provisional de abogado o, en cualquier caso, hasta que recaiga resolución definitiva en vía administrativa, reconociendo o denegando el derecho. El cómputo del plazo de prescripción se reanudará desde la notificación de la designación provisional o, del reconocimiento o denegación del derecho por la comisión de asistencia jurídica gratuita y, en todo caso, antes de 2 meses desde la presentación de la solicitud.

En el supuesto de que esta petición hubiera sido denegada, fuere claramente **abusiva** y únicamente esté preordenada a **dilatar los plazos**, el órgano judicial que conozca de la causa podrá computar los plazos en los términos legalmente previstos, con todas las consecuencias que de ello se derive.

#### 192 Comprobación de datos, resolución y notificación

Para **verificar** la realidad de los **datos económicos** y, en especial, de la información relativa a las rentas y al patrimonio declarados por el solicitante, incluyendo, en su caso, los de su cónyuge o pareja de hecho, la comisión realizará las comprobaciones y recabará, telemáticamente, toda la información que estime necesarias: por ejemplo, de la Administración tributaria correspondiente, del catastro, de la Seguridad Social, así como de los Registros de la Propiedad y Mercantiles. También podrá oír a la parte contraria.

En la presentación de la solicitud, se informará de la facultad atribuida a la comisión de asistencia jurídica gratuita para la consulta de tales datos debiendo prestar todos los afectados su **consentimiento**.

Una vez efectuadas las comprobaciones, la **comisión resolverá** en el plazo máximo de 30 días, desde la recepción del expediente por la comisión, reconociendo o denegando el derecho a la asistencia jurídica gratuita y determinando cuáles de las prestaciones son de aplicación a la solicitud. Si transcurrido dicho plazo, la comisión no ha resuelto, se encuentra ratificada la decisión de los colegios.

#### 193 Desestimación. Revocación del derecho

La consecuencia sería el pago de los **honorarios** devengados por los profesionales intervinientes desde la concesión del derecho:

1. Si la comisión desestimase la pretensión, la designación que provisionalmente se hubiera realizado quedará sin efecto.
2. Se revocase el reconocimiento del derecho, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondiesen, en los supuestos de:
  - declaración errónea, el falseamiento u ocultación de datos por el solicitante de asistencia jurídica gratuita;
  - abuso de derecho, temeridad, mala fe o fraude de ley que hubiese apreciado el órgano judicial que conociese la pretensión.

#### 194 Impugnación de la resolución

Podrán impugnar las resoluciones que reconozcan, revoquen o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita los **titulares del derecho o de interés legítimo**.

**No** será preceptiva la **intervención de abogado** y habrá de **motivarse** por escrito en el plazo de 10 días desde la notificación de la resolución ante el secretario de la comisión, quien remitirá el escrito de impugnación, junto con el expediente, al juzgado o tribunal competente o al juez decano, si el procedimiento no se hubiera iniciado.

#### 195 Requerimiento de designación de abogado y procurador

Si, conforme a la legislación procesal o administrativa, se estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una resolución motivada requiriendo de los colegios el nombramiento provisional de abogado y de procurador.

#### 196 Gestión colegial de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas

Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos colegios regularán y organizarán, a través de sus juntas de gobierno, los **servicios obligatorios de asistencia letrada y de defensa y representación** gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición y los profesionales tendrán derecho a una **compensación** que tendrá carácter indemnizatorio. La intervención solo podrá ser indemnizada cuando exista reconocimiento expreso del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los colegios de abogados implantarán **servicios de asesoramiento** a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de orientar sus pretensiones así como les facilitarán la información necesaria en relación al cumplimiento de los requisitos para su concesión, incluso el auxilio en la redacción de las solicitudes correspondientes.

#### 197 Distribución por turnos

Los colegios profesionales establecerán sistemas de distribución objetiva y equitativa de los distintos turnos y medios para la designación de los profesionales de oficio. Dichos **sistemas** serán **públicos** para todos los colegiados y podrán ser consultados por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.

Los colegios de abogados, salvo aquellos en los que por la reducida dimensión de la actividad no sea necesario, contarán con:

- un **turno de guardia permanente** para la prestación del servicio de asistencia letrada al detenido; y
- otro para la prestación de los servicios de **asesoramiento previo y asistencia letrada** para las víctimas de violencia de género, terrorismo, trata de seres humanos y de menores de edad y personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental que sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

#### 198 Formación y especialización

El **Ministerio de Justicia**, en coordinación con las comunidades autónomas competentes, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Procuradores, establecerá los **requisitos generales mínimos** de formación y especialización necesarios para prestar los obligatorios servicios de asistencia jurídica gratuita, con el fin de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa.

#### 199 Efectos del reconocimiento del derecho

El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la **designación de abogado y**, cuando sea preciso, de **procurador, de oficio**. No pueden actuar simultáneamente un abogado de oficio y un procurador libremente elegido, o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos, ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el colegio en el que se halle inscrito.

#### 200 Renuncia a la designación

Se podrá renunciar, expresamente, a la designación de abogado y procurador de oficio, nombrando libremente a profesionales de su confianza, debiendo constar expresamente este extremo **en la solicitud** y afectando, **simultáneamente**, esta renuncia al abogado y procurador.

La **renuncia posterior** a la designación de profesional de oficio que, asimismo, deberá afectar, simultáneamente, al abogado y procurador, tendrá que ser comunicada, expresamente, a la comisión y a los correspondientes colegios profesionales y no implicará la pérdida de las demás prestaciones reconocidas en la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita.

#### 201 Obligaciones profesionales

La **defensa** será obligatoria, salvo las excepciones expresamente establecidas. Los abogados y procuradores designados desempeñarán sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación

del proceso en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la **ejecución** de las sentencias, si las actuaciones procesales en esta se produjeran dentro de los 2 años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia, sin perjuicio del efecto de las causas de renuncia o excusa previstas en la Ley.

Solo en el **orden penal** podrán los abogados designados excusarse de la defensa si concurre un motivo personal y justo, que será apreciado por los decanos del colegio.

#### 202 Insostenibilidad de la pretensión

Si el abogado designado para un proceso considera insostenible la pretensión que pretende hacerse valer, deberá comunicarlo a la comisión, dentro de los 15 días siguientes a su designación, **motivando** su decisión. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca tal comunicación, o sin que el abogado pida su interrupción por falta de la documentación necesaria para evaluar la pretensión, éste quedaría obligado a asumir la defensa.

#### 203 Tramitación. Viabilidad

Solicitada por el abogado la interrupción del plazo previsto, por **falta de la documentación** necesaria, la comisión requerirá al interesado para que la presente:

- si transcurrido un plazo máximo de 10 días sin que el interesado haya presentado dicha documentación, la comisión archivará la solicitud;
- si presenta la documentación, esta se aportará al abogado, reanudándose el plazo para analizar la **viabilidad** de la pretensión;
- si la comisión estima que la documentación con la que cuenta el abogado, en el momento de la solicitud, es suficiente para analizar la viabilidad de la pretensión principal, inadmitirá la solicitud de interrupción, reanudándose el plazo para formulación de la insostenibilidad desde la notificación de la resolución de inadmisión.

Formulada la **insostenibilidad de la pretensión**, la comisión recabará:

- del colegio de abogados, un dictamen sobre su viabilidad que deberá emitirse en el plazo de 15 días;
- del Ministerio Fiscal, un informe fundado, cuando el dictamen del colegio de abogados coincidiera con el del abogado designado, que se emitirá en el plazo de 6 días.

#### 204 Nombramiento de segundo abogado

Si el colegio de abogados o el Ministerio Fiscal estimaran la **pretensión defendible**, se procederá al nombramiento de un segundo abogado, para quien será obligatoria la defensa, yal que se le aportarán los dictámenes emitidos por el colegio de abogados y por el Ministerio Fiscal.

En caso de que el colegio de abogados y el Ministerio Fiscal estimaran **indefendible** la pretensión, la comisión desestimaré la solicitud.

#### 205 Insostenibilidad en vía de recurso

El mismo procedimiento previsto en los puntos anteriores se seguirá cuando se trate de interponer recursos contra resoluciones que hayan puesto fin al proceso en la instancia correspondiente, si el abogado del recurrente considerase la **pretensión inviable**.

Hasta que se resuelva materialmente la viabilidad de la pretensión, se produce la **suspensión del cómputo del plazo** para la interposición de los recursos.

En el **orden penal** y respecto de los **condenados** no cabrá formular insostenibilidad de la pretensión.

#### 206 Condena en costas

Para el **cálculo de sus honorarios** y derechos, se estará a las normas sobre honorarios de abogados de cada colegio, así como a los **aranceles** de los procuradores vigentes en el momento de la substanciación del proceso.

Obtenido el pago por los profesionales designados de oficio conforme a las reglas contempladas en los puntos siguientes, estarán obligados a la **devolución de las cantidades**, eventualmente, percibidas **con cargo a fondos públicos** por su intervención en el proceso en los siguientes **supuestos**:

1. Si en la resolución que ponga fin al proceso hubiera pronunciamiento sobre **costas, a favor** de quien obtuvo el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o de quien lo tuviera legalmente reconocido, deberá la parte contraria abonar las costas causadas en la defensa y representación de aquella.
2. Cuando en la resolución que ponga fin al proceso fuera condenado en costas quien hubiera obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o quien lo tuviera legalmente reconocido, este quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los 3 años siguientes a la terminación del proceso viniera a **mejor fortuna**, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del CC art.1967 .

3. Cuando la sentencia que ponga fin al proceso no contenga expreso pronunciamiento en costas, venciendo en el pleito el beneficiario de la justicia gratuita, deberá este pagar las costas causadas en su defensa, siempre que **no excedan de la tercera parte** de lo que en él haya obtenido. Si excedieran, se reducirán a lo que importe dicha tercera parte, atendiéndose a prorrata sus diversas partidas.

4. Cuando se reconozca el derecho a asistencia jurídica gratuita para procesos en los que proceda la petición de **litis expensas** y estas fueran concedidas en resolución firme a favor de la parte que litiga con el reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita, el abogado y procurador intervinientes podrán exigir a esta el pago de sus honorarios, hasta el importe total de la partida aprobada judicialmente para este concepto.

#### 207 Subvención. Indemnización por baremo

Las Administraciones públicas competentes **subvencionarán**, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, para la implantación y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los colegios de abogados y de procuradores.

En atención a la tipología de los procedimientos en los que intervengan los profesionales designados de oficio, se establecerán las **bases económicas y módulos de indemnización** por la prestación de cada servicio de asistencia jurídica gratuita.

#### 208 Autonomía profesional. Quejas y denuncias. Régimen disciplinario

Los profesionales inscritos en los servicios de justicia gratuita, a los que se refiera esta Ley, desarrollarán su actividad con **libertad e independencia** de criterio, con sujeción a las normas deontológicas y a las normas que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita.

Las comisiones de asistencia jurídica gratuita darán traslado a los colegios profesionales correspondientes a su ámbito territorial de las **quejas o denuncias** formuladas como consecuencia de las actuaciones de los profesionales encargados de los servicios colegiales de asistencia jurídica gratuita, sin perjuicio de aquellas actuaciones judiciales que resultaren procedentes.

Los colegios estarán obligados a comunicar a las citadas comisiones las resoluciones y medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios que, en su caso, fueran incoados. Dichas resoluciones podrán ser recurridas por las comisiones.

El **régimen disciplinario** de los abogados y procuradores de los servicios de asistencia jurídica gratuita se regirá por las mismas reglas establecidas, con carácter general, para el desempeño de dichas profesiones, con las siguientes **especialidades**:

a) La indebida percepción de **honorarios, derechos o beneficios económicos** tendrá siempre la consideración de falta muy grave.

b) La **imposición de sanciones** por infracciones graves o muy graves, relacionadas con las actuaciones desarrolladas en aplicación de lo establecido en la Ley de asistencia jurídica gratuita, llevará aparejada, en todo caso, la **exclusión del profesional** de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

Abierto un expediente disciplinario, y cuando la gravedad de los hechos denunciados así lo aconseje, podrá acordarse la **separación cautelar** del servicio **del profesional** presuntamente responsable de aquellos hechos, por un **período máximo de 6 meses** hasta tanto se resuelva el expediente disciplinario.

#### 210 Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador cuando su intervención no es preceptiva

(L 1/1996 art.6.3 redacc L 3/2018)

La L 3/2018 amplía, con efectos 1-10-2018, los supuestos de defensa y representación gratuitas por abogado y procurador cuando, a pesar de no ser preceptiva:

- su intervención sea expresamente requerida por el juzgado o tribunal mediante auto motivado para **garantizar la igualdad de las partes** en el proceso;

- tratándose de **delitos leves**, la persona frente a la que se dirige el proceso penal haya ejercitado su derecho a estar asistido de abogado y así se acuerde por el juzgado o tribunal, en atención a la entidad de la infracción de que se trate y las circunstancias personales del solicitante de asistencia jurídica.

#### 212 Sustitución del profesional designado

(L 1/1996 art.21 bis redacc L 3/2018)

Con efectos 1-10-2018, el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita tiene **derecho a instar la designación de nuevos profesionales**, sin que ello implique suspensión, siempre que lo justifique, ante el colegio profesional que hubiera realizado la designación, cuya resolución, apreciando si concurre causa que justifica la sustitución, se comunicará por el colegio profesional: a la Comisión de Justicia Gratuita, al solicitante y, de manera inmediata,



al nuevo profesional que en tal caso designe. La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita podrá **denegar** de la tramitación de la sustitución, siempre que la solicitud se funde en una causa que ya fue objeto de denegación en relación al mismo asunto y profesional, sin que concurran **nuevos hechos o circunstancias** que la justifiquen.

## Colegio de abogados y otras instituciones de relevancia

220	A. Colegio de abogados	221
	B. Consejo General de la Abogacía Española	278
	C. Reparto de la competencia territorial. Consejos autonómicos de colegios de abogados	284
	D. Mutuas de previsión social de la abogacía	288

### A. Colegio de abogados

221	<b>1. Organización y funcionamiento</b>	222
	Antecedentes	222
	Naturaleza	230
	Fines y funciones	232
	Aspectos orgánicos	240
	Régimen jurídico	246
	Régimen económico	247
	Seguro del ejercicio profesional	248
	Honorarios	250
	<b>2. Ejercicio del control deontológico y la potestad disciplinaria</b>	251
	<b>3. Gestión del derecho a la asistencia jurídica gratuita, turno de oficio, asistencia letrada al detenido y servicios de orientación jurídica</b>	254

### 1. Organización y funcionamiento

#### 222 Antecedentes

No se encuentra unanimidad sobre el **origen** de los colegios de abogados, suele mencionarse que Plutarco se refería a las agrupaciones de abogados, que ya en época de Ulpiano agrupaban a los jurisconsultos romanos. El Emperador Justino I organizó un colegio u orden de los abogados, al que pertenecían quienes se consagrasen a la defensa de los derechos de los ciudadanos y, entre ellos, se elegían a los jueces. Sí puede estimarse que la norma más antigua que se conoce y que evidencia la existencia de una corporación de abogados es la Constitución de Constantino del año 329, dentro de la tendencia del Bajo Imperio Romano de impulsar las agrupaciones profesionales para la defensa de sus intereses.

En España, parece que la primera referencia sobre la regulación de la abogacía se encuentra en el principio del reinado de Alfonso X el Sabio, quien culmina su obra legislativa con el **Código de las Siete Partidas**, donde ya se regulaba que nadie se constituyese abogado de otro en pleitos sin que primero, los jueces o los «inteligentes de derecho» de la Corte del Rey del lugar en que hubiese de abogar, vieses si tenía capacidad para ello. De ser así, había de jurar defender bien y legalmente los pleitos que se le encomendasen; no encargarse de los que incluyesen engaño o falsedad o que entendiéndose que no iban a tener un buen resultado así como no producir dilaciones maliciosas.

228 El **desarrollo** de los colegios, a partir del siglo XVII, impulsado de manera consolidada en el siglo XIX, es paralelo al de las asociaciones gremiales que tras congregaciones religiosas sirvieron como elemento aglutinante de distintos profesionales. La **estructura** los colegios, vigente hasta hoy, es análoga a la de las cofradías, donde el decano es “equivalente” al hermano mayor y se conserva la terminología de «junta de gobierno» para designar el órgano que ejerce esa función.

Precisiones

El origen del **Ilustre Colegio de Abogados de Madrid** tiene lugar el 15-7-1596, fecha en la cual Felipe II otorga una Real Cédula, que aprueba las Ordenanzas de la Congregación de Abogados de la Corte; podría decirse que ese reconocimiento de personalidad jurídica gremial originó el actual colegio. En el capítulo 20 se establece la institucionalización de los abogados de pobres, que podría equiparse al actual régimen del **turno de oficio** (nº 254 s. ). El decano se encargaba de la ejecución de su defensa y nombraba entre 8 diputados que se situaban por su turno y rueda, hasta que hubieran servido todos.

### 230 Naturaleza

Los colegios de abogados son **corporaciones de Derecho público** con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado. En el ejercicio de sus funciones, tienen atribuidas determinadas **potestades públicas**, con la finalidad de defender el interés general y los derechos de los ciudadanos, destinatarios del resultado de sus actividades profesionales en relación con el propio ejercicio de la abogacía por los colegiados. Tales funciones de interés público refuerzan el interés relativo a que los colegios profesionales constituyan un instrumento eficaz para la satisfacción de los **fines de interés general** en aras de la mejora de la calidad de las prestaciones profesionales de los mismos.

El **sometimiento al derecho administrativo** de los actos emanados de los órganos colegiales afecta, por ejemplo, al ejercicio de funciones disciplinarias, a la autorización de presupuestos y al régimen jurídico de los acuerdos de las juntas de gobierno de los colegios de abogados: notificación, nulidad o anulabilidad e impugnación que, una vez agotada la vía administrativa, se realiza en la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero no a todos los actos de la organización colegial les reviste carácter jurídico público, por ejemplo, la reclamación de las cuotas colegiales, al tratarse de aportaciones propias del ámbito privado de la relación jurídica colegial, le correspondería tramitarse por vía judicial civil.

### 232 Fines y funciones

Son **fines esenciales** de cualquier corporación colegial:

- ordenar el ejercicio de la profesión;
- la representación institucional exclusiva de la profesión, cuando esté sujeta a colegiación obligatoria;
- la defensa de los intereses profesionales de sus colegiados; y
- la protección de los intereses de los usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración pública por razón de la relación funcional.

Las **funciones** del colegio no dependen solo de la voluntad de los colegiados -más allá de una simple asociación privada- sino de lo que pueda determinar el legislador, como funciones propias de la Administración o mediante delegación expresa de competencias administrativas, en el supuesto de que la Administración utilice la colaboración de los colegios, lo que les incardinaría, a estos efectos organizativos, jerárquicos y competenciales, bajo la tutela de la Administración.

Como muestra, se incluyen algunas funciones destacables, entre las recogidas en los **Estatutos del Colegio de Abogados de Madrid**:

- a) **Representar y defender** a la profesión ante la Administración, instituciones, juzgados y tribunales, entidades y particulares, con legitimación para ser parte en litigios y causas que afecten a los derechos e intereses profesionales y a los fines de la abogacía.
- b) **Ordenar la actividad profesional** de los colegiados velando por la formación, ética y dignidad profesionales así como por el respeto a los derechos de los particulares. Ejercer el **control deontológico** y la **potestad disciplinaria**.
- c) **Elaborar** sus **estatutos** particulares, redactar y aprobar su propio reglamento de régimen interior y demás acuerdos para el desarrollo de sus competencias.
- d) Elaborar y aprobar sus **presupuestos** anuales de ingresos y gastos, así como sus **cuentas**.
- e) Establecer y exigir las **aportaciones económicas** de los **colegiados**.
- f) Informar y dictaminar sobre **honorarios profesionales** en procedimientos judiciales o administrativos.
- g) Organizar y gestionar los servicios de **asistencia jurídica gratuita** y **orientación jurídica**.
- h) **Informar** los **proyectos normativos** e iniciativas de los órganos legislativos, Administraciones públicas y de cualquier otro organismo que así lo requiera.
- i) Colaborar con el **Poder Judicial** y los demás poderes públicos mediante la realización de estudios, informes, estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines, que le sean solicitados o acuerde por su propia iniciativa.

- j) Participar en la elaboración de los **planes de estudios**, mantener permanente contacto con los centros docentes en orden a promover e informar sobre cualquier vía de **acceso a la vida profesional** de los nuevos titulados, así como organizar cursos para la **formación y perfeccionamiento** profesional de los colegiados.
- k) Dedicar especial atención a los colegiados en sus **primeros años de ejercicio** facilitando, en la medida de lo posible, el cumplimiento de sus cargas colegiales y su formación profesional.
- l) Organizar servicios comunes de interés para los colegiados de carácter formativo, cultural, asistencial, de previsión y otros análogos, incluido el aseguramiento de la **responsabilidad civil** profesional.
- m) Procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, fomentar la **solidaridad** y evitar la competencia desleal entre los mismos.
- n) Adoptar las medidas necesarias para evitar y perseguir el **intrusismo profesional** y la **competencia desleal**, dentro del ámbito de su competencia.
- ñ) Promover y colaborar, dentro de la **función social de la abogacía**, actividades o servicios en interés de la sociedad.
- o) Ejercer cuantas iniciativas o acciones sean necesarias o convenientes para asegurar el ejercicio profesional según **principios** de ética, dignidad, así como libre y leal competencia.
- p) Promover la **imagen de la profesión** desde la perspectiva de sus derechos, deberes y principios y su inserción en la sociedad española.
- q) Intervenir, previa solicitud de los interesados, como **mediador** en los conflictos profesionales que surjan entre los colegiados o entre estos y sus clientes así como ejercer funciones de **arbitraje**. Dada la trayectoria práctica de estas funciones colegiales que, por ejemplo, se han ejecutado mediante la institucionalización, en el seno del **Colegio de Abogados de Madrid**, de los servicios de **medialCAM** y la **Corte de Arbitraje** del ICAM:

La **mediación** es un método adecuado para la resolución de conflictos, de manera pacífica y amistosa -alternativo o complementario al procedimiento judicial- en el que el mediador, profesional independiente e imparcial, intentando **evitar la judicialización** de la controversia, crea un espacio de diálogo en igualdad de oportunidades para ayudar a las partes a identificar el origen de sus diferencias, conocer sus causas y consecuencias, así como confrontar sus posturas con el fin de encontrar soluciones para resolverlas en consenso.

El Colegio de Abogados de Madrid, a través de su **Centro de Resolución de Conflictos medialCAM**, pone a disposición de abogados y ciudadanos, instituciones, empresas y organismos públicos o privados, un espacio para la mediación con un listado de mediadores seleccionados, tras la superación de las correspondientes pruebas de capacitación. Sus áreas de especialidad abarcan conflictos específicos, relativos a honorarios profesionales (nº 250 ) o en materia deontológica, así como en los ámbitos: civil y mercantil, familiar, penal y penitenciario, laboral y en organizaciones, social y comunitario, turismo, responsabilidad civil y seguros así como daños personales en accidentes de tráfico.

El Colegio de Abogados de Madrid creó la **Corte de Arbitraje** en 1990 como una vía alternativa a los tribunales de justicia para resolver cualquier controversia que le sea sometida tanto por personas físicas como jurídicas, en materias de su libre disposición. Se apoya en una lista de árbitros por especialidades, además con dos secciones especializadas, en responsabilidad civil sanitaria y en honorarios profesionales.

Serían destacables, por su trascendencia práctica, el ejercicio de estas **facultades**:

- en relación con el **deber de secreto** de los abogados, el decano, ha de ser avisado por la autoridad judicial o, en su caso, gubernativa, para la práctica de un **registro en el despacho profesional** de un abogado, a fin de personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional;
- si el abogado, en el ejercicio de su actividad profesional, considerase que la autoridad o el juzgador coartasen la **independencia y libertad** necesarias o no se le guardase la consideración debida a su profesión, podrá hacerlo constar ante el propio organismo y dar cuenta a la junta de gobierno de su colegio que, si estimase fundada tal queja, habrá de adoptar las medidas necesarias para darle el necesario **amparo** en aras de la libertad, independencia y prestigio profesionales.

## 240 Aspectos orgánicos

Según el Estatuto General de la Abogacía Española (nº 9510 ), los órganos del colegio son tres y, eventualmente, cuatro. Cada colegio de abogados será regido por el decano, la junta de gobierno y la junta general, necesariamente, y la asamblea colegial, si así lo prevén sus estatutos particulares.

**1. La junta general** es el órgano soberano de decisión del colegio y está integrada, con carácter general, por todos los colegiados incorporados con anterioridad a la fecha de la convocatoria de la junta general y podrán asistir, sean ordinarias o extraordinarias, disponiendo de voz y voto aunque el voto de los colegiados ejercientes computará con

doble valor que el de los demás colegiados, salvo que los estatutos particulares los equipare. Los acuerdos de las juntas generales se adoptarán por mayoría simple y, una vez adoptados, serán obligatorios para todos los colegiados, sin perjuicio del régimen de recursos establecido. El examen y votación de la cuenta general de gastos e ingresos del ejercicio anterior a la fecha de celebración de la junta general así como del presupuesto para el ejercicio siguiente han de figurar en el orden del día de la junta general correspondiente.

2. La **asamblea colegial** que puede ser establecida, de acuerdo el Estatuto General de la Abogacía Española (nº 9510 ), por los estatutos particulares de cada colegio con carácter de permanencia para que con mayor continuidad, efectúe el control de la gestión económica del colegio.

3. El **decano**, entre otras atribuciones, ostenta la representación legal del colegio, preside todos los órganos colegiales, comités y comisiones, en su caso, dirigiendo los debates y votaciones, con voto de calidad en caso de empate.

4. La **junta de gobierno** es el **órgano colegiado** de gobierno del colegio pudiendo cada uno establecer su composición y funcionamiento. Por ejemplo, estatutariamente, en el Colegio de Madrid, está formada por el decano, diez diputados, el tesorero, el bibliotecario y el secretario. El diputado primero ostentará asimismo la condición y denominación de vicedecano. Señalar que al **tesorero** le corresponde supervisar, con la colaboración técnica que precise, la **administración del patrimonio** del colegio, presentar a la junta general el proyecto de presupuesto, rendir las cuentas anuales, cuidar la correcta contabilización de los actos colegiales de contenido económico y de los procedimientos de auditoría interna y externa que aseguren la conservación del patrimonio y que el **secretario**, tendrá carácter de **fedatario** de los actos y acuerdos del colegio y velará por la llevanza y custodia de los libros de actas, la emisión de certificaciones e informes, la redacción de las actas de las sesiones de la junta de gobierno y de la junta general.

Con carácter general, el decano y los demás cargos de la junta de gobierno serán elegidos en **votación directa y secreta**, en la que podrán participar, como electores, todos los colegiados incorporados con más de 3 meses de antelación a la fecha de convocatoria de las elecciones. El voto de los colegiados ejercientes tendrá **doble valor** que el de los demás colegiados.

#### 246 Régimen jurídico

Los colegios de abogados se rigen por la Ley de colegios profesionales ( L 2/1974 ), por las leyes autonómicas de colegios profesionales, por el Estatuto General de la Abogacía ( RD 658/2001 ; nº 9510 ) y por sus estatutos particulares, así como las normas internas que aprueben y por los acuerdos adoptados por los diferentes órganos corporativos en el ámbito de sus competencias, y en cualquier caso, el régimen jurídico de los órganos colegiales siempre debe ajustarse a las leyes administrativas (nº 131 ).

Los acuerdos de los colegios de abogados son inmediatamente ejecutivos, salvo que se estableciese, expresamente en el propio acuerdo, una excepción a lo anterior o versen sobre **materia disciplinaria**. Los actos de los colegios de abogados que deriven del ejercicio de potestades administrativas, en cuanto están sujetos al **Derecho administrativo**, son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, previos los recursos corporativos o administrativos que correspondan.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre la necesidad de cumplir determinados requisitos de la **convocatoria** y el **orden del día** para el **funcionamiento** de los órganos colegiados de los colegios y consejos profesionales, precisando que ha de entenderse que se cumplen aquellos cuando se proporciona el conocimiento necesario sobre los datos precisos para la toma de postura en relación con el acuerdo de que se trate, sin perjuicio de la oportunidad de que los convocados soliciten las ampliaciones complementarias que estimasen necesarias y de la oportunidad que suponga, a su vez, el debate para la debida adopción del acuerdo ( TS 27-5-02, EDJ 28579 ).

#### 247 Régimen económico

El **patrimonio** del colegio será administrado por la junta de gobierno, facultad que ejercerá a través del **tesorero**, con la colaboración técnica que precise. El decano ejercerá las funciones de **ordenador de pagos**, que el tesorero ejecutará y cuidará de su contabilización.

El ejercicio económico de los colegios de abogados coincide con el año natural, salvo que en sus estatutos particulares se estableciese de otro modo. Su funcionamiento ha de ajustarse al régimen de **presupuesto** anual y su contabilidad seguirá los principios contables generalmente aceptados. Todos los colegiados podrán examinar las **cuentas** durante los 15 días hábiles anteriores a la fecha de celebración de la junta general que haya de aprobarlas. La forma de **control**, en el ámbito de **gestión económica** para **garantizar el cumplimiento de los fines colegiales**, no es una cuestión sencilla, debido a la **especial naturaleza** jurídica de los colegios profesionales, por ejemplo, dentro de su esfera privada existen algunos tipos de ingresos difícilmente encuadrables en una Administración pública. Los colegios de abogados deben estar sujetos al **principio de transparencia** y **responsabilidad en su gestión**.

Constituyen **ingresos ordinarios** de los colegios de abogados:

- los **rendimientos** de cualquier naturaleza que produzcan las actividades que realice el colegio -p.e. formación- y los bienes o derechos que integran su patrimonio;
- las **cuotas de incorporación, cuotas ordinarias** o extraordinarias que, en su caso aprobare la junta general;
- los **derechos** que fije la junta de gobierno de cada colegio por expedición de certificaciones, emisión de dictámenes, resoluciones, informes o consultas que se realicen sobre cualquier materia, incluidas las referidas a honorarios, así como por la prestación de otros servicios colegiales.

Además, en virtud del fin de prestar un **servicio público al ciudadano** por el interés general, este también es destinatario de las funciones desarrolladas por los colegios, que podrían percibir una remuneración por la encomienda de una actividad administrativa en algunos casos y en otros, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva, del que dimana el beneficio de justicia gratuita y cuya gestión desarrollan los colegios de abogados mediante la aplicación de un ingreso como subvención pública para prestar un **servicio de interés general**. Subvención que satisface la Administración pública -el Estado y la correspondiente comunidad autónoma- en el marco de lo establecido por la L 1/1996 , de asistencia jurídica gratuita y normas reglamentarias que la desarrollan (nº 172 s. ).

#### 248 Seguro del ejercicio profesional

En aras de garantizar la compensación de cualquier perjuicio que pudiera producirse al cliente en el ejercicio de la actividad profesional, el colegiado, en el momento de darse de alta como ejerciente en el colegio de abogados que le corresponda, debería figurar asimismo de alta en el **seguro de responsabilidad civil** que cada colegio contrate para sus colegiados como garantía de aseguramiento básico, a partir del cual pueden negociarse coberturas adicionales a contratar individualmente.

El Estatuto General de la Abogacía Española (nº 9510 ) establece que los abogados, en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil (nº 113 ), cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiera sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio. Todo ello pivota sobre el deber establecido en el Código Deontológico por el que el abogado ha de tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique.

#### 250 Honorarios

El abogado tiene derecho a una compensación económica por la prestación de sus servicios profesionales, además del reintegro de los gastos ocasionados. El **importe** de los honorarios ha de ser libremente acordado entre el cliente y el abogado, con respeto a las normas deontológicas y teniendo presente no devenir en **competencia desleal**; el abogado debe informar al cliente de los diferentes conceptos que devenguen honorarios, las consecuencias que pueda tener una condena en costas así como su cuantía aproximada y ha de responder del tratamiento de los fondos del cliente y de terceros (nº 132 ).

Tradicionalmente, los abogados minutaban conforme a las **normas sobre tarifas vigentes** en su colegio de abogados que, posteriormente, pasaron a denominarse baremos orientadores, en virtud del objetivo desregulador, que se ha ido sucediendo sobre cualquier restricción de lo que pudiera ser considerado libre competencia entre la **actividad de las profesiones liberales** en defensa de los consumidores y usuarios, como se puso de manifiesto en la denominada *Ley Ómnibus* ( L 25/2009 , de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios) que, entre otros extremos, suprimió la función de fijar criterios, como referencia al abogado y su cliente en materia de honorarios, al determinar que los colegios profesionales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales.

El pago de los honorarios profesionales causa, en algunas ocasiones, el quebrantamiento de la necesaria relación de confianza abogado-cliente. Las **comisiones de deontología** de los colegios han sido siempre reacias en discutir su cuantía, cuando un cliente denuncia por honorarios abusivos. Y además, al regir en la materia el **principio de libre competencia** y, por tanto, la libertad en la fijación del importe de los honorarios que, como contraprestación económica por los servicios profesionales, tiene derecho a percibir el abogado de su cliente, se concluye que la cuestión relativa a la procedencia e importe de los honorarios profesionales no puede dilucidarse por los colegios en sede deontológica, correspondiendo a los tribunales de justicia, a través de los procedimientos legalmente establecidos.

En consecuencia, aunque la intervención de los colegios, en la actualidad, tenga un alcance mínimo sobre honorarios, no deja de ser fundamental, incluso se encuentra entre sus facultades, la posibilidad de dictaminar, a requerimiento de los tribunales, si son ajustados o no. Por otro lado, el Estatuto General de la Abogacía Española (nº 9510 ) había ampliado su intervención a la posibilidad de emitir dictamen, a requerimiento del abogado y para su orientación, con carácter **no vinculante**, sobre el importe de los honorarios que se hayan devengado en una actuación determinada.

Finalmente, los colegios pueden ofrecer al abogado y a su cliente un servicio de **mediación** (nº 232 ) para tratar de alcanzar, extrajudicialmente, una solución satisfactoria para ambas partes. Entre las funciones de los colegios, también se atribuye la posibilidad de resolver mediante laudo arbitral, si abogado y cliente se hubiesen sometido previa y expresamente, las disconformidades que puedan surgir sobre honorarios.

En este marco desregulador y de máxima **liberalización** de los honorarios profesionales, dentro de la autonomía de la voluntad de ambas partes, abogado-cliente podrán pactar la remuneración por la prestación del servicio contratado sin conculcar, en modo alguno, la libre competencia. La actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha tenido, últimamente, reiteradas actuaciones en relación con los colegios de abogados y con el Consejo General de la Abogacía Española, incluso con resultado de imposición de sanción de **multa**, por considerar que la Ley de la defensa de la competencia no solo **prohíbe la fijación de precios**, sino también aquellas medidas que, aun sin pretenderlo, pueden llegar a tener como resultado, de forma directa o indirecta, el establecimiento de tarifas de un colectivo.

La CNMC prohíbe las **recomendaciones colectivas**, y consideró probada como tal recomendación, en reciente y controvertida (incluso con un voto particular) resolución contra el Colegio de Abogados de Guadalajara, por haber difundido los criterios de **precios mínimos** entre todos sus colegiados mediante correos electrónicos así como en su página web, aunque hubiese adoptado forma de baremo de carácter orientativo, la CNMC entendió que no se trataba de verdaderos criterios, sino una lista completa de los honorarios a aplicar; junto a dichos criterios, el colegio facilitaba una calculadora.

No obstante, y dado que el ejercicio de la abogacía en la Justicia no es equiparable a la actividad de un «mercado» y que, en algún momento, la Jurisprudencia entendió que, en tal caso, quedaría fuera del control de los tribunales de defensa de la competencia, podría «animarse» a la CNMC a que considerase si el buen fin de liberalizar la competencia para rebajar los costes a los ciudadanos no podría llegar a favorecer **competencia desleal**, en el supuesto de que el único criterio de elección fuese el coste, por ejemplo, en supuestos de captación desleal de clientela, así como lesionar una de las funciones de los colegios profesionales, como es perseguir la competencia desleal en aras de asegurar el ejercicio profesional según principios de ética, dignidad, así como libre y leal competencia.

La intervención de los órganos sobre competencia en la regulación de honorarios por los colegios de abogados tiene larga trayectoria y no siempre pacífica, como destacado ejemplo, en relación a la llamada **cuota litis** en el alcance de pacto de honorarios previo al resultado de procedimiento y condicionado a este (nº 922 ), el **Tribunal de Defensa de la Competencia** en 2002 había sancionado con una multa al Consejo General de la Abogacía Española, además de ordenarle modificar tal prohibición por considerar que vulneraba el principio de libre competencia. El **Tribunal Supremo** anuló la multa pero si fundamentó que la conducta del Consejo General de la Abogacía Española fue objetivamente infractora y debía cesar, por «chocar» con lo establecido en la Ley de defensa de la competencia relativo a la prohibición para fijar, directa o indirectamente, precios así como la de otras condiciones de servicio, al impedir la libertad del profesional de condicionar su retribución a un determinado resultado positivo así como limitar las condiciones en las que se presta el servicio ( TS 4-11-08, EDJ 222110 ).

#### Precisiones

Los criterios orientativos de honorarios elaborados por el correspondiente colegio solo se tienen en cuenta a los efectos de la emisión de los dictámenes por el propio colegio y, a requerimiento judicial, en materia de **jura de cuentas** y de **tasación de costas** (incluso en asistencia jurídica gratuita); Dictámenes que, *a fortiori*, no tienen carácter vinculante para el órgano jurisdiccional llamado a resolver. Es esencial la consideración legal de que dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita (nº 180 ). Podría interpretarse, analógicamente, que dichos criterios también son de aplicación a la emisión de informes periciales conforme a lo dispuesto en la LEC y a los arbitrajes.

## 2. Ejercicio del control deontológico y la potestad disciplinaria

251 El fin de velar por la vigilancia de la **deontología**, mediante el control por parte de los colegios profesionales, que ostentan el deber de garantía de los derechos de los ciudadanos y de sus colegiados, dimana de considerarlos el Estado corporaciones con el encargo de determinadas funciones públicas, dotándoles de **potestad disciplinaria**, atribuida a los colegios, en virtud de la Ley de colegios profesionales ( L 2/1974 ), las distintas leyes autonómicas del mismo tenor a través del reglamento de procedimiento disciplinario correspondiente y, subsidiariamente, por las leyes administrativas de aplicación.

Los abogados están obligados a respetar las normas deontológicas de la profesión contenidas en el Estatuto General de la Abogacía Española (nº 9510 ), en el Código Deontológico de la Abogacía Española (nº 9520 ), en el Código Deontológico del Consejo de Colegios de Abogados de Europa (nº 9530 ) y cualquier otro que le resulte aplicable (nº 165 ). La función social de la abogacía exige establecer unas **normas deontológicas** para el adecuado ejercicio de la profesión.

Como señala la doctrina constitucional ( TCo 219/1989 ): las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales no constituyen meros tratados de deberes morales, sin trascendencia en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan **obligaciones de necesario cumplimiento** para los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los colegios para «ordenar» la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares. La ilicitud de la contravención no puede ser ignorada por quien se incorpore a un colegio profesional.

### 252 Recursos y ejecutividad de las sanciones

Los acuerdos disciplinarios emanados de los colegios de abogados son recurribles en **vía administrativa** ante el consejo autonómico o ante el Consejo General de la Abogacía Española, en caso de no haberse constituido el primero, y una vez agotados los recursos corporativos, son recurribles ante la **jurisdicción contencioso-administrativa**.

Las sanciones disciplinarias son **ejecutivas** una vez que sean firmes en vía administrativa y surten efectos en todos los colegios de España, es decir, tienen eficacia en el ámbito de todo el territorio nacional. Aunque el abogado incorporado a cualquier colegio de abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales, libremente, en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la normativa aplicable al respecto, ha de tener presente que, en las **actuaciones profesionales** que lleve a cabo en el **ámbito territorial** de otro colegio, distinto al de su incorporación, el abogado debe respetar además las normas deontológicas vigentes en el lugar en que se desarrolle su actuación profesional, pues el colegio, en cuyo ámbito territorial se haya cometido la infracción, será el que ejercerá la **potestad disciplinaria** y, en consecuencia, el competente para la tramitación y resolución del expediente disciplinario correspondiente.

Las **causas de extinción** de la responsabilidad disciplinaria de los colegiados son:

- el cumplimiento de la sanción;
- el fallecimiento; y
- la prescripción de la infracción o de la sanción.

La **baja** en el colegio no es causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria incurrida mientras estuviere de alta, sino que afecta a la conclusión del procedimiento disciplinario y la sanción podría quedar en suspenso para ser ejecutable su cumplimiento, en el supuesto de que el abogado causase nuevamente alta en el colegio.

### 253 En lo que se refiere al **régimen sancionador**, se subrayan algunas de las «mejoras» que figuran en el texto, en tramitación, del nuevo Estatuto General de la Abogacía (nº 154 s. ):

- Se dispone que el **ejercicio de la potestad disciplinaria** y, por tanto, la imposición de cualquier sanción, se regirá por el principio de **proporcionalidad**: necesaria correspondencia que conllevará la aplicación de la sanción en relación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, además de considerar la reincidencia así como la naturaleza y entidad de los perjuicios causados a terceros o a la profesión.
- Junto a las ya existentes sanciones de apercibimiento, suspensión del ejercicio de la profesión, **expulsión** del colegio, se establecerían también **multas pecuniarias** (en cuantía variable según la naturaleza y gravedad de la infracción).
- Se desarrolla el régimen de infracciones y sanciones aplicables a las **sociedades profesionales**.
- Se lleva a cabo una **tipificación y enumeración** más completa y detallada de las infracciones (extremo muy demandado, nº 106 y nº 284 ).

### 3. Gestión del derecho a la asistencia jurídico gratuita, turno de oficio, asistencia letrada al detenido y servicios de orientación jurídica

#### 254 Los colegios de abogados han de velar para que toda persona tenga acceso a la Justicia, disponga de asesoramiento jurídico mediante la asistencia de un abogado para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, auxiliándole para que designe abogado de su elección o de oficio, con o sin reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. El servicio de asistencia jurídica gratuita será obligatorio, según la modificación de la L 1/1996, por la L 2/2017 (nº 172 s. ), aunque los colegios profesionales podrán organizar el servicio y dispensar al colegiado, cuando existan razones que lo justifiquen y garantizando, en todo caso, su prestación continuada. Los profesionales que presten el servicio de justicia gratuita tendrán derecho a una compensación que tendrá carácter indemnizatorio.

La asistencia jurídica gratuita constituye un **servicio de naturaleza pública** y, aunque en determinadas situaciones coyunturales, alguna corriente promovía el criterio sobre la **privatización** de tal servicio, en tanto no haya una modificación legislativa en tal sentido, sigue constituyendo un servicio de naturaleza pública, gestionado y organizado

por los colegios de abogados, amparado en una función atribuida por ley, con sujeción al derecho administrativo, reconociendo de tal modo que los colegios profesionales ejercen competencias delegadas por el Estado.

La concesión de tal derecho consiste en un trámite de carácter administrativo ( Const art.24.2 y 119 ), que tiene como finalidad reconocer y garantizar el **acceso a la Justicia** y al **derecho de defensa**, a quienes **carecen de recursos suficientes** para abonar los costes que genera un proceso, estando inmersos en cualquier tipo de procedimiento judicial o pretendiendo iniciarlo.

Las Administraciones públicas competentes **subvencionarán**, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, la implantación, atención y funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los colegios.

**A)** La estructura y organización que permite la evaluación del cumplimiento de los requisitos y el reconocimiento del derecho a la **asistencia jurídica gratuita** está basada en la intervención de los colegios de abogados y procuradores y, tras la reforma de la LOPJ (nº 112), en su redacción actual, graduados sociales, aunque no se refiere a los colegios de graduados sociales la L 2/2017, de modificación de la L 1/1996, de asistencia jurídica gratuita. Dada su naturaleza de corporaciones de Derecho público, tienen una **intervención** fundamental, desarrollando las siguientes funciones en esta materia:

- Colaboración con el procedimiento de **obtención** del derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- **Asesoramiento** a los peticionarios de la solicitud del derecho, incluso con carácter previo al inicio del proceso.
- **Designación** de profesionales para la defensa gratuita en el procedimiento judicial, control de su desempeño y exigencia de responsabilidades.
- Mantenimiento de los **censo**s y **turnos** de colegiados ejercientes adscritos al servicio de justicia gratuita.
- Examen de la **documentación** y **subsanción** de deficiencias con posibilidad de archivo del expediente.
- **Colaboración** con las **comisiones de asistencia jurídica gratuita** (órganos administrativos creados *ab initio* por el Estado, en virtud de su competencia exclusiva, que posteriormente han sido reproducidos por las comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia).
- Guía para el justiciable por la posibilidad de uso del **expediente electrónico** de justicia gratuita. Entre sus prestaciones, por ejemplo: - exención de tasas judiciales, así como del pago de depósitos para la interposición de recursos; - inserción gratuita de anuncios o edictos que preceptivamente, en el curso del proceso, deban publicarse en periódicos oficiales; - pericial gratuita, en los términos establecidos en la Ley; - reducción del 80% de los derechos arancelarios que correspondan a determinadas actuaciones registrales y notariales, incluso obtención gratuita de copias.

**255** Los órganos judiciales, tradicionalmente, eran los competentes para tramitar y reconocer el **beneficio de justicia gratuita**, dentro del procedimiento para el reconocimiento del mismo, mediante un incidente en el procedimiento principal; en la actualidad, solo cabe su iniciativa, cuando esté el proceso en curso, además de en los **procedimientos penales** y, estime por las circunstancias o urgencia del caso, que fuera preciso asegurar los **derechos de defensa y representación de las partes**; motivadamente, ha de requerir al colegio de abogados para el nombramiento provisional de abogado.

La L 1/1996 creó un órgano de carácter administrativo, **comisiones de asistencia jurídica gratuita**, con el encargo de la concesión o denegación de tal derecho, se constituyen como órganos colegiados, con una competencia territorial de ámbito provincial, existiendo una distribución territorial por comunidades autónomas con **competencias transferidas** en materia de Justicia y una comisión central para aquellas otras que no las tienen, así como para resolver los expedientes que se tramiten para procedimientos ante el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunal Constitucional.

Con carácter previo, las **solicitudes** se gestionan en los colegios de abogados y acuerdan, en su caso, las designaciones de los profesionales del **turno de oficio**. Una vez calificado el expediente por el colegio, se haya designado o no profesional, en caso de **insostenibilidad** de la pretensión, se da traslado a la comisión de asistencia jurídica gratuita.

**256 B)** Los abogados por ejercer por **turno de oficio** tienen derechos y obligaciones en su normativa específica y con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa, el Ministerio de Justicia, en coordinación con las comunidades autónomas competentes, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Procuradores, estableció los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, además de las normas de turno de oficio que aprueban las juntas de gobierno de los colegios de abogados ( OM 3-6-1997 ).

El turno de oficio es el sistema mediante el cual los colegios de abogados facilitan un profesional, quien ha de asumir la defensa del **justiciable**, por haber este solicitado el beneficio de asistencia jurídica gratuita o por no designarlo libremente, siendo preceptiva e irrenunciable, la intervención.



Los colegios profesionales han de establecer **sistemas de distribución** objetiva y equitativa de los distintos turnos para la designación de los profesionales de oficio. Dichos sistemas han de ser públicos para todos los colegiados y podrán ser consultados por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.

La **intervención de profesionales** designados de oficio solo podrá ser indemnizada cuando exista reconocimiento expreso del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Según la tipología de procedimientos en los que intervengan los profesionales designados de oficio, se establecerán las bases económicas y **módulos de indemnización** por la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

#### Precisiones

1) Con fecha 28-9-2017, la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid aprobó las **Normas Regulatoras del Turno de Oficio**, en virtud de lo previsto en L 1/1996 art.22 , en relación con la regulación y organización por los colegios, a través de sus juntas de gobierno, de los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición, y en L 1/1996 art.23 , que establece que los profesionales inscritos en los servicios de justicia gratuita, desarrollarán su actividad con libertad e independencia de criterio, con sujeción a las normas deontológicas y a las normas que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita.

Cabe destacar la creación de **turnos específicos** con letrados cualificados y sensibilizados en determinadas materias:

- Como medida de refuerzo, la **Atención a los solicitantes de asilo y protección internacional**. Debido a los recientes movimientos migratorios hacia Europa, se incrementó del número de personas desplazadas de modo forzoso y, a tal fin, se creó este turno específico, que prevé para los letrados que se adscriban al mismo, un curso específico de formación que permita conocer, no solo la normativa que regula esta institución, sino también la realidad de los países que están en conflicto y la evolución jurisprudencial en esta materia.
- Atención a **víctimas de delitos**. Se crean turnos específicos que tienen en cuenta la especialidad del procedimiento que ha de seguir la tramitación de la causa.

2) La sentencia TSJ Andalucía (Málaga) 28-3-16, EDJ 32865 , dio la razón a la abogacía institucional y, en concreto, al Colegio de Abogados de Málaga, en su conflicto con la Agencia Andaluza de **Defensa de la Competencia** sobre la organización de la asistencia jurídica gratuita. Constituye un hito para los colegios de abogados, por ratificar el tribunal que el servicio de Justicia Gratuita -que prestan casi 43.000 abogados en España-, no puede considerarse una actividad empresarial, sino un **servicio público de carácter social**, lo que descarta sea ejercido dentro un mercado de libre competencia y que, en virtud de sus características, ha de prestarse de modo territorializado con los requisitos de tener despacho abierto y residencia en el partido judicial donde vaya a ejercer el abogado de oficio.

257 C) El **detenido**, tanto en las diligencias policiales como judiciales, tiene **derecho a la asistencia de un abogado** ( Const art.17.3 ) y de cuyo cumplimiento operativo se encarga específicamente el colegio de abogados que corresponda, como una de las garantías del derecho a la libertad personal.

Implica la asistencia de **abogado** al detenido a quien **no** lo hubiera **designado**, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional. Igualmente, será de aplicación dicha asistencia letrada a la persona reclamada y detenida, como consecuencia de una orden de detención europea, y que no hubiera designado abogado.

**No** será **necesario** que el detenido acredite, previamente, carecer de recursos, sin perjuicio de que, si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deba abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

258 D) Los **servicios de orientación jurídica** son servicios de carácter gratuito establecidos por los colegios de abogados, consecuencia de sus obligaciones establecidas en la L 1/1996 , de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de realizar un **asesoramiento previo**, orientar y encauzar las pretensiones de los solicitantes de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de evitar los litigios manifiestamente improcedentes, así como cursar a través de los colegios de abogados las solicitudes de asistencia jurídica gratuita que se les presenten. Entre sus **funciones**:

- Asesorar a los interesados sobre la **viabilidad** de sus pretensiones.
- Informar sobre los **requisitos** necesarios para obtener el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- Suministrar a los interesados los **impresos** necesarios para la solicitud del derecho ayudándoles, en su caso, en su cumplimentación.
- Requerir a los interesados la **documentación** preceptiva que ha de acompañar a la solicitud y la subsanación de las deficiencias u omisiones de la misma.

Sin perjuicio de las competencias de los colegios derivadas de la legislación sobre asistencia jurídica en materia de servicios de orientación jurídica, los colegios podrán organizar y prestar servicios gratuitos, con o sin **financiación**

**externa**, a quienes no tengan acceso a otros servicios de asesoramiento o defensa gratuitos y se encuentren en situaciones de necesidad o riesgo de exclusión social y cualquier actividad derivada de la **responsabilidad social** de la abogacía en garantía de los **derechos fundamentales**.

#### Precisiones

De conformidad con lo dispuesto en L 1/1996 art.6.1 , los colegios de abogados como por ejemplo, el de Madrid, en colaboración con su centro de mediación, medialCAM, pusieron en funcionamiento los **servicios de orientación a la mediación -SOM-**, en las sedes de sus servicios de orientación jurídica para dar cobertura a esta nueva obligación sobre el asesoramiento previo en mediación y resolución alternativa de conflictos.

## B. Consejo General de la Abogacía Española

### 278 Antecedentes y definición

La **pluralidad territorial de organizaciones colegiales** en algunas profesiones ha tenido como consecuencia la necesidad de crear instituciones de ámbito nacional que regulen y organicen los principios comunes de su gestión y funcionamiento, así como que trasladen a otras instituciones y a la administración las principales necesidades y reivindicaciones en defensa de la profesión.

En lo que respecta a la abogacía, esta **organización supracolegial** es el Consejo General de la Abogacía Española. Podemos centrar los **orígenes** del Consejo General en el año 1942, cuando D. Emilio Laguna Azorín, Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, dirigió una comunicación a todos sus colegiados y al Colegio de Abogados de Madrid en la que resumía la grave situación de la abogacía española en plena postguerra. A finales del mismo año esta comunicación fue enviada a todos los decanos de España, iniciándose así una serie de contactos para la creación de un organismo superior que posibilitara una actuación coordinada de los colegios y diera mayor importancia a la profesión y a la presencia de la abogacía en la renovación legislativa.

La idea tuvo gran aceptación y el entonces decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, D. Antonio Goicoechea, a propuesta del de Zaragoza, asumió la dirección del proyecto. La propuesta fue aprobada por el Ministerio de Justicia, y por D 19-6-1943 se creó el entonces denominado Consejo General de los Ilustres Colegios de Abogados de España, que recibió su primera composición por OM 14-10-1943.

En la actualidad, la definición, estructura y funciones del Consejo General de la Abogacía Española, se articula a partir de dos **normas**: la L 2/1974 , sobre colegios profesionales, que determina la existencia de un Consejo General cuando existan varios colegios de la misma profesión, de ámbito inferior al nacional y el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por RD 658/2001 (nº 9510 ).

Así, el Consejo General de la Abogacía Española se define como el **órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior** de los 83 Ilustres Colegios de Abogados de España y tiene, a todos los efectos, y al igual que los colegios de abogados, la condición de corporación de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, definición que se contiene el Estatuto General de la Abogacía Española (nº 9510 ). Asimismo, el propio Estatuto establece que en lo no previsto en el mismo y en las disposiciones legales que le sean de aplicación, el Consejo se regirá por lo dispuesto en el reglamento de régimen interior, que el Estatuto establece ha de aprobarse por el Consejo, y por los acuerdos adoptados al respecto por el pleno del propio Consejo General de la Abogacía Española.

### 280 Fines y funciones

Entre los **fines esenciales** del Consejo General de la Abogacía se encuentran: la ordenación del ejercicio profesional, la representación de la Abogacía Española y del conjunto de los Ilustres Colegios de Abogados de España, en toda clase de ámbitos, la defensa del prestigio de la profesión de abogado y la exigencia, a los colegios de abogados y a sus miembros, del cumplimiento de sus deberes.

En cuanto a las **funciones** atribuidas por el Estatuto General de la Abogacía al Consejo (nº 9510 ), destacan:

- a) Resolver los **recursos** contra los acuerdos de los órganos de los colegios de abogados y, cuando los estatutos de los consejos de colegios de las comunidades autónomas lo contemplen, los recursos contra los acuerdos de estos consejos.
- b) Ejercer las **funciones disciplinarias** con respecto a los miembros de las juntas de gobierno de los colegios y del propio Consejo General y, cuando las disposiciones legales vigentes se las atribuyan, con respecto de los miembros de los consejos de colegios de las comunidades autónomas.
- c) Formar y mantener actualizado el **censo de los abogados** españoles; y llevar el fichero y registro de sanciones que afecten a los mismos.

- d) Designar **representantes de la abogacía** para su participación en los consejos y organismos consultivos de la Administración de ámbito nacional.
- e) Informar preceptivamente todo proyecto de **modificación de la legislación** sobre colegios profesionales de abogados.
- f) Emitir los **informes** que le sean solicitados por la Administración, colegios de abogados y corporaciones oficiales respecto a asuntos relacionados con sus fines o que acuerde formular de propia iniciativa; proponer las reformas legislativas que estime oportunas e intervenir en todas las cuestiones que afecten a la abogacía española.
- g) Realizar **arbitrajes**.
- h) Establecer la necesaria **coordinación** entre los consejos de colegios de abogados de las diferentes comunidades autónomas, así como entre los distintos colegios, y dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre los mismos, con respecto a su respectiva autonomía.
- i) Adoptar las medidas que estime convenientes para **completar o constituir las juntas de gobierno de los colegios**, mediante Juntas o designaciones provisionales.
- j) Adoptar las medidas necesarias para que los colegios cumplan las **resoluciones del propio Consejo General**, dictadas en materia de su competencia.
- k) Organizar con carácter nacional **instituciones y servicios de asistencia y previsión** para los abogados y colaborar con la Administración para la aplicación en los mismos, del sistema de Seguridad Social más adecuado.
- l) Defender los **derechos de los colegios de abogados**, así como los de sus colegiados cuando sea requerido por el colegio respectivo o venga determinado por las leyes, y proteger la lícita libertad de actuación de los abogados, pudiendo para ello promover las acciones y recursos que procedan ante las autoridades y jurisdicciones competentes, incluso ante el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, los tribunales europeos e internacionales, sin perjuicio de la legitimación que corresponda a cada uno de los distintos colegios de abogados y a los abogados personalmente.
- m) Impedir por todos los medios legales el **intrusismo y la clandestinidad en el ejercicio profesional**, para cuya persecución, denuncia y, en su caso, sanción, queda el Consejo General amplia y especialmente legitimado, sin perjuicio de la iniciativa y competencia de cada colegio.
- n) Impedir y perseguir la **competencia ilegal o desleal** y velar por la plena efectividad de las disposiciones que regulan las incompatibilidades en el ejercicio de la abogacía.
- ñ) En general, en materia de **actuaciones jurídicas**, ejercer cuantas acciones le correspondan ante toda clase de Administraciones, organismos y tribunales nacionales o internacionales.
- o) Y, en fin, ejercer cuantas **funciones y prerrogativas** estén **establecidas en las disposiciones vigentes** y todas aquellas que, no expresamente enunciadas, sean concomitantes o consecuencia de las anteriores y tengan cabida en el espíritu que las informe.

## 282 Composición y funcionamiento

Para llevar a cabo el cumplimiento de los fines y funciones el Consejo General está constituido por los siguientes **órganos rectores**:

1. El **pleno**, del que forman parte el presidente, los 83 decanos de los colegios de abogados, 12 consejeros electivos entre «abogados de reconocido prestigio», los presidentes de los consejos autonómicos de colegios de abogados en los que no concurra la condición de decano, el presidente de la Mutualidad General de la Abogacía y el presidente de la Confederación Española de Abogados Jóvenes.
2. La **comisión permanente**, constituida por el presidente, el secretario general, el tesorero del Consejo y los vicepresidentes que presidan las comisiones del Consejo y el presidente de la Mutualidad General de la Abogacía Española. pudiendo asistir a sus reuniones, además, con voz y sin voto, los consejeros u otras personas que el presidente invite.
3. El **presidente** que es elegido para un mandato de 5 años, por los decanos de los 83 colegios de abogados. Puede ser elegible para dicho cargo cualquier abogado colegiado en un colegio de abogados español con el único requisito de tener una antigüedad superior a 5 años de ejercicio.

Las **funciones** del presidente del Consejo son las siguientes:

- a) Ostentar la representación del Consejo General de la Abogacía.
- b) Ostentar la representación de la Abogacía Española y ser portavoz del conjunto de los Ilustres Colegios de Abogados de España.
- c) Velar por el prestigio de la profesión de abogado.

**d)** Defender los derechos de los colegios de abogados y sus colegiados cuando sea requerido por el colegio respectivo y proteger la lícita libertad de actuación de los abogados. Estas tres últimas funciones se entienden sin perjuicio de las correspondientes al pleno del propio Consejo General.

**e)** Convocar y presidir las sesiones del pleno y de la comisión permanente, decidiendo los empates con voto de calidad, así como las demás Comisiones extraordinarias sin perjuicio de su delegación.

**f)** Fijar el orden del día de las sesiones del pleno y de la comisión permanente.

La **convocatoria, constitución y funcionamiento** de los órganos rectores del Consejo General de la Abogacía Española en lo no previsto en el Estatuto General de la Abogacía (nº 9510 ), **se rige** por el reglamento de régimen interior cuyo último texto fue aprobado por el pleno del Consejo en sesión de 21-10-2016. En su articulado se dispone que el presidente ejercerá las competencias y funciones que le confiere el artículo 75 del Estatuto General, así como la coordinación de todos los órganos del Consejo General y la planificación general de su actividad, pudiendo delegar actuaciones o funciones concretas, con carácter de permanencia o temporalidad, en cualquiera de los miembros del Consejo, dando cuenta de ello a la comisión permanente y al pleno.

En el ámbito de sus **competencias**, al **presidente** le corresponde convocar las elecciones en el seno del Consejo, firmar las actas del pleno y de la comisión permanente y de modo específico, velar por la ejecución de los acuerdos adoptados por el pleno del Consejo, la comisión permanente y las comisiones ordinarias, adoptar aquellas medidas que, sin estar atribuidas específicamente a cualquiera de sus órganos, fueran necesarias para el cumplimiento de sus fines, así como aquellas otras que por razones de urgencia inaplazable hubieran de tomarse.

Podemos concluir que el **Consejo General de la Abogacía**, asume la representación de los colegios de abogados y consejos de colegios de abogados en la defensa del ejercicio de la profesión en aras a preservar la garantía del ejercicio del derecho de defensa.

### C. Reparto de la competencia territorial. Consejos autonómicos de colegios de abogados

**284** En algunas comunidades autónomas, los colegios de abogados han constituido un consejo autonómico al cual corresponden, en su demarcación territorial, alguna de las funciones que a nivel nacional tiene el Consejo General de la Abogacía Española.

Actualmente existen los siguientes **consejos de colegios de abogados**:

- Consejo de la Abogacía de Castilla y León;
- Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña;
- Consejo Vasco de la Abogacía;
- Consejo Andaluz de Colegios de Abogados;
- Consejo Valenciano de Colegios de Abogados;
- Consejo de la Abogacía Gallega;
- Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid;
- Consejo Canario de Colegios de Abogados;
- Consejo de Colegios de Abogados de Aragón; y
- Consejo de la Abogacía de Castilla-La Mancha.

En caso de **competencias transferidas**, son las legislaciones autonómicas las que otorgan competencias a estos consejos en su ámbito territorial respetando su coexistencia con el consejo de ámbito nacional. En aquellas comunidades en donde no exista regulación propia sobre colegios profesionales, será la ley estatal aquella por la que se regirán.

Los consejos autonómicos tienen, al igual que los colegios de abogados y el Consejo General de la Abogacía, la condición de **corporación de Derecho público**, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, siendo su ámbito territorial el de los colegios que lo configuran.

De un modo genérico podemos decir que la **finalidad** de los consejos es la de agrupar y coordinar a los colegios integrados en él y asumir su representación en las cuestiones de interés común para la profesión ante las administraciones autonómicas, y, en general, ante cualquier organismo, institución o persona, física o jurídica, que sea necesario para el cumplimiento de sus fines, sin perjuicio de la autonomía y competencia de cada colegio.

De un modo más específico, en el ámbito territorial de su competencia los consejos tienen las siguientes **funciones**:

- a) Coordinar la **actuación de los colegios de abogados** que lo integran y dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre los mismos.
  - b) Defender los **derechos de sus colegiados** así como ordenar la actividad profesional de los colegios de abogados que lo integran ante las autoridades y organismos de las respectivas comunidades autónomas, cuando sea requerido por el colegio respectivo o así esté legalmente establecido.
  - c) Aprobar y modificar sus propios **estatutos**.
  - d) Fomentar, crear y organizar **instituciones, servicios y actividades**, con relación a la profesión de abogado, que tengan por objeto la formación y perfeccionamiento profesional, la promoción cultural, la asistencia social y sanitaria, la previsión, la cooperación y el mutualismo, el fomento de la ocupación y otras actuaciones convenientes.
  - e) Ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la formación, la **ética y la dignidad profesional** y por el respeto debido a los derechos de los particulares, sin perjuicio de las competencias propias de los colegios que integran el Consejo, elaborando a tales efectos, normas deontológicas comunes al ejercicio de la profesión en el ámbito territorial del Consejo.
  - f) Designar **representante de la abogacía** para participar, cuando así estuviera establecido, en los consejos y organismos consultivos de la Administración pública del ámbito territorial de las respectivas comunidades autónomas.
  - g) Informar los **proyectos de normas** de las respectivas comunidades que afecten a materias de su competencia.
  - h) Ejercer las **funciones disciplinarias** respecto de los miembros de los órganos de gobierno de los colegios de abogados que lo integran.
  - i) Resolver en su caso los **recursos en vía administrativa** que conforme a las leyes de colegios profesionales de las respectivas comunidades autónomas, al Estatuto General de la Abogacía (nº 9510 ) y demás disposiciones legales y reglamentarias, se interponga contra los actos de los colegios de abogados que lo integra.
- Además de estas funciones, también pueden tener algunas de las competencias que el Estatuto General de la Abogacía Española atribuye al Consejo General de la Abogacía.

#### D. Mutuas de previsión social de la abogacía

**288** Los orígenes de las mutualidades de previsión social en vinculación a los colegios profesionales se encuentran en las cofradías gremiales, congregaciones religiosas y montepíos del siglo XVIII. La Mutualidad de la Abogacía se creó en 1948 por los colegios de abogados de toda España como **entidad de previsión obligatoria** hasta que, en 1996, fue posible el acceso de los abogados al régimen especial de trabajadores autónomos (RETA). A partir de entonces, la Mutualidad funcionó por un lado, como **alternativa** al sistema de previsión social de los abogados que no pertenecen al sistema público y por otro, un sistema complementario para aquellos abogados que perteneciendo al mismo, pudiera interesarles añadir.

En consecuencia, tiene **naturaleza** de entidad aseguradora, privada, sin ánimo de lucro que ejerce fundamentalmente una modalidad de seguro de carácter voluntario, alternativo y complementario al sistema de Seguridad Social obligatorio, ofrece a los profesionales del ámbito del derecho, personas de su entorno familiar y sociedades profesionales, la posibilidad de dar cobertura a sus necesidades de previsión, ahorro y seguro.

Aunque ajena al régimen público de la Seguridad Social, la **actividad** de la Mutualidad se enmarca, por una parte, dentro del primer pilar de la previsión social, al ofrecer una alternativa a la obligación de afiliarse al régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social, para dar cobertura a los abogados para ejercer por cuenta propia, por la contratación, en la Mutualidad, de las coberturas relativas a la pensión de jubilación, viudedad y orfandad, fallecimiento, incapacidad permanente y temporal, maternidad, paternidad y, en su caso, dependencia. Por otra parte, proporciona a sus asociados, abogados o no, todos los demás sistemas de **previsión social complementaria** que ofrecen las entidades aseguradoras. Es destacable el sometimiento al control de la **Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones**, del Ministerio de Economía, con la debida constitución de las provisiones técnicas, margen de solvencia y fondo de garantía, así como los requisitos exigidos legalmente a las entidades aseguradoras.

Con carácter general, en el momento en que se va a comenzar una actividad como autónomo, es necesario darse de alta en el RETA, pero en algunos colectivos (abogados, médicos, arquitectos, gestores administrativos...) pueden elegir, en lugar de cotizar en el RETA, hacerlo a unas Mutuas alternativas a la Seguridad Social, pagando unas cuotas con las que, posteriormente, financien las prestaciones que reciben. No hay que confundir las **mutuas de previsión social** con las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Si se elige la opción de darse de alta en el RETA no se podrá cambiar en un futuro a una mutua de previsión social, como alternativa. En caso contrario, si se ha elegido incorporarse a una mutua, después podría pasarse a RETA.

1) A efectos prácticos, los abogados:

- **por cuenta propia**, pueden elegir entre adherirse al régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) o a una mutua de previsión social; y

- **por cuenta ajena**, necesariamente han de estar incorporados en el régimen general de la Seguridad Social, con carácter obligatorio y, opcionalmente, de modo complementario, en una mutua de previsión social.

2) En el texto del Estatuto General de la Abogacía Española, en tramitación (nº 154 s. ), de modo genérico, entre los **requisitos** exigidos para la incorporación a un colegio de abogados, se encuentra formalizar el ingreso en el régimen de Seguridad Social o en una entidad o mutua de previsión social alternativa a ese régimen.

3) En la actualidad, la **Mutualidad de la Abogacía** figura como primera mutualidad de previsión social española en dimensión y resultados y, respecto a la abogacía, como alternativa al RETA, hoy coexiste, a nivel nacional, con otra mutua de previsión social de la abogacía.

CAPÍTULO 3

# Ejercicio colectivo de la abogacía en un despacho profesional

300	<b>A. Introducción y alternativas de organización</b>	312
	1. Breve referencia al despacho individual	312
	2. Ejercicio colectivo de la abogacía - alternativas	316
	<b>B. La sociedad limitada profesional como vehículo para el ejercicio colectivo de la abogacía</b>	340
	<b>C. Aspectos subjetivos de la sociedad limitada profesional</b>	372
	1. Socios de la sociedad	372
	2. Órganos sociales	405
	3. Profesionales no socios	410
	4. Gestión del talento	415
	5. Algunos factores de éxito de un abogado	420
	<b>D. Aspectos estructurales de la sociedad limitada profesional</b>	425
	<b>E. Gestión del despacho</b>	445
	<b>F. Entorno actual de los despachos colectivos</b>	460
	<b>G. Particularidades en la gestión de encargos profesionales en un despacho colectivo</b>	465

## A. Introducción y alternativas de organización

### 1. Breve referencia al despacho individual

312 A grandes rasgos, existen dos **formas** de organizar el ejercicio de la abogacía: de forma **individual** o bien **en asociación** con otros abogados.

En el caso del abogado ejerciente a título individual, al estar prestando servicios de carácter profesional, se considera que **no** entra en la definición de «**comerciante**» del Código de Comercio y, por tanto, que con carácter general no es empresario a efectos mercantiles (Rojo, Broseta Pont y Martínez Sanz). De esta manera, la generalidad de sus relaciones jurídico-privadas, tanto con clientes como con proveedores, se registrarán por el Derecho civil.

En cambio, sí que serán de aplicación a su **actividad profesional** las normas deontológicas, colegiales y disciplinarias propias de la abogacía.

Por el contrario, el abogado que ejerce individualmente la profesión sí es **empresario a efectos de Derecho del consumo**, y se halla también dentro del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia ( LDC y LCD ; LGDCU art.4 ). Este fenómeno de aplicación progresiva del Derecho mercantil, limitado aún a algunos sectores del mismo, se ha venido a denominar «**mercantilización**» de las profesiones liberales (Sánchez Calero).

316 Sin perjuicio de que la sociedad de responsabilidad limitada profesional («SLP») sea la forma más usual de organizar el ejercicio colectivo de la abogacía, existen también **otras formas jurídicas societarias y no societarias** que permiten instrumentarlo.

A grandes rasgos, existen dos alternativas para organizar el ejercicio colectivo de la abogacía:

- la **sociedad profesional**: en este caso, la sociedad presta el servicio profesional en su propio nombre y por su propia cuenta, y puede adoptar cualquier tipo societario;
- la **sociedad de profesionales**: la sociedad funciona como un **medio** del que se valen los abogados que la constituyen, que son quienes prestan el servicio profesional, **para facilitar su ejercicio** y regular sus relaciones internas. En rigor, no es necesario que sea una sociedad, sino que puede adoptar diversas formas, societarias o no societarias, y dentro de estas últimas, con o sin personalidad jurídica.

<b>Sociedades profesionales</b>	Sociedades civiles		
	Sociedades mercantiles	Sociedades personalistas	Sociedad colectiva
			Sociedad comanditaria simple profesional
		Sociedades de capital	Sociedad limitada
		Sociedad anónima	
<b>Sociedades profesionales de</b>	Sociedades de medios	Forma societaria	Cooperativa
		Otras formas	Comunidad de bienes
			Agrupación de interés económico
	Sociedades de participación en ganancias		
	Sociedades de intermediación		

318 **Sociedades profesionales**

Las sociedades profesionales se regulan en la L 2/2007, que las define como aquellas sociedades cuyo **objeto social** consiste en el ejercicio en común de una **actividad profesional** ( L 2/2007 art.1 ). Lo decisivo es que la actividad se ejerce bajo el nombre y por cuenta de la sociedad, es decir, la sociedad es el profesional colegiado titular de la relación jurídica con el cliente. Por tanto, es a la sociedad profesional a quien se le imputan los derechos y deberes inherentes al ejercicio de la actividad ( L 2/2007 art.5.2 ). Y a la inversa: cuando se pretende constituir para el ejercicio de una actividad profesional una sociedad a la que se imputen los derechos y deberes propios de dicha actividad, a esta sociedad se le aplicará imperativamente el **régimen de la L 2/2007** ( L 2/2007 art.1.1 ).

Precisiones

«Se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada» ( DGRN Resol 5-3-2013 ). Además, «el desarrollo de tales actividades debe necesariamente, y porque así lo dispone la propia norma ( L 2/2007 art.5 , 9 y 17.2 ), llevarse a cabo por medio de socios profesionales» ( DGRN Resol 16-3-2013 ).

La L 2/2007 no configura un **nuevo tipo societario**, sino que diseña un régimen que se superpone al propio de cada sociedad, pudiendo una sociedad profesional constituirse según cualquiera de las formas previstas en nuestro derecho ( L 2/2007 Exposición de Motivos II y art.1.2 y 3 ). El régimen específico del tipo societario es supletorio al de la L 2/2007, y por tanto continúa gobernando los aspectos principales de la vida de la sociedad.

Con base en el **principio de «flexibilidad organizativa»** que inspira la L 2/2007 (Exposición de Motivos II), podemos encontrar sociedades profesionales civiles o mercantiles, y dentro de estas últimas, tanto personalistas como de capital.

320 En cambio, las sociedades profesionales no podrán revestir aquellos tipos sociales cuyas características excluyen la **cualidad de profesional**: la sociedad limitada nueva empresa, la sociedad cooperativa y la agrupación de interés económico. La primera, porque no puede incluir en su objeto social actividades *cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo*, y esto es precisamente lo que exige la L 2/2007 para las sociedades profesionales ( LSC art.436.3 y L

2/2007 art.2 ). Y la segunda y la tercera, porque su regulación propia las configura como **sociedades de medios** (nº 332 ).

Asimismo, es opinión extendida entre la doctrina que la SL, como sociedad de capital híbrida (con elementos personalistas - o sociedad de capital «cerrada»), es la que mejor se adapta al ejercicio profesional (García-Valdecasas Butrón).

### 322 Sociedad civil profesional

La sociedad civil, muy utilizada para las sociedades profesionales antes de la L 2/2007 , ofrece como principal ventaja su **gran flexibilidad**, consecuencia de una reducida regulación legal que deja amplio espacio a los **pactos estatutarios**. De hecho, el Código Civil prevé expresamente que el objeto de la sociedad civil sea el «ejercicio de una profesión» ( CC art.1678 ). En la sociedad civil cada socio puede asociarse «con un tercero en su parte» pero exige la unanimidad de los socios para permitir que ese tercero ingrese en la sociedad, mientras que la L 2/2007 permite establecer en el **contrato social** que el consentimiento de la mayoría sea suficiente ( CC art.1696 y L 2/2007 art.12 ).

Aunque la forma escogida sea la de una sociedad civil, toda sociedad profesional será siempre mercantil precisamente por ser profesional: la L 2/2007 establece que esta norma se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, de donde se deduce que la cualidad de profesional de la sociedad implica su **mercantilidad** ( L 2/2007 disp.final 1ª ; Vega Vega).

### 324 Sociedad colectiva profesional

La sociedad colectiva ofrece también como ventaja la flexibilidad de su regulación, con el añadido de que muchos de sus **requisitos legales** coinciden con los de una sociedad profesional: la denominación social **subjativa**, el llamamiento de todos los socios a ejercer la administración, la intransmisibilidad de la **cuota** o la **disolución** por muerte, incapacitación o concurso de cualquiera de los socios ( CCom art.126 , 129 , 143 y 222 ).

### 326 Sociedad comanditaria simple profesional

La sociedad comanditaria simple destaca por ofrecer en la figura del socio comanditario un encaje idóneo para el socio no profesional (permitido por la L 2/2007 art.4 ). En ambos casos, la **responsabilidad** subsidiaria e ilimitada de los **socios colectivos** supone un plus de garantía frente a los acreedores de la sociedad. Sin embargo, el régimen de responsabilidad por actos profesionales previsto por la LSC respecto de los socios que hubieran intervenido en ellos ofrece un mayor nivel de garantía ( LSC art.11.1 ; ver nº 449 ).

### 328 Sociedades de capital

Respecto de las sociedades de capital, la L 2/2007 opera una adaptación que tiende a «personalizarlas» en cierta medida para hacerlas más compatibles con el ejercicio profesional ( L 2/2007 art.17 ). Sin embargo, en la L 2/2007 hay otras normas que chocan en alguna medida con la regulación propia de cada tipo societario. Por ejemplo, **no** es posible **transmitir** la **condición de socio profesional** sin el consentimiento de todos o la mayoría de los socios de esa condición ( L 2/2007 art.12 ). Esto implica un cambio relevante en el régimen de la **sociedad anónima** que, en aspectos como la transmisibilidad de la condición de socio -en principio libre-, es directamente contrario al de las sociedades profesionales. En todo caso, tras la «personalización» realizada por la L 2/2007 , una sociedad anónima profesional acabará resultando mucho más próxima a una SL.

#### Precisiones

Para la **transmisión de la condición de socio profesional** se exige, además, la aportación de «los correspondientes títulos notariales, debidamente autoliquidados, que contengan las correspondientes transmisiones, en los que consten la identidad de los vendedores, compradores y número de participaciones transmitidas» ( DGRN Resol 13-3-2013 ).

### 330 Sociedades de profesionales

La sociedad de profesionales está destinada a apoyar o facilitar el ejercicio profesional de sus socios, pero ella no es en sí misma profesional. De este modo, y a diferencia de lo que ocurre en las sociedades profesionales, los actos propios de la actividad profesional no se ejecutan directamente bajo la razón o denominación social, ni son atribuidos a la sociedad los **derechos y obligaciones** inherentes a la misma como titular de la relación jurídica con el cliente sino que, por el contrario, serán los socios los titulares de dicha relación y de los derechos y obligaciones que resultan de ella, y quienes realizarán en su propio nombre y por su propia cuenta los **actos profesionales**. De este modo, la sociedad de profesionales queda restringida al ámbito interno de las relaciones entre los socios, como una manera de regularlas, sin que su regulación llegue a trascender a las **relaciones externas** con los clientes.

Las sociedades de profesionales pueden revestir varias **formas**: sociedad de medios, sociedad de participación en ganancias y sociedad de intermediación.



### 332 Sociedad de medios

La sociedad de medios se caracteriza porque su objetivo se limita a la **puesta en común** entre varios profesionales de los **medios materiales** para el ejercicio de la actividad, con la finalidad de optimizar el uso de los recursos y de reducir costes. Así, por ejemplo, se puede constituir una sociedad de medios para colocar bajo su titularidad el local que se usa como despacho, los ordenadores y otros medios materiales, etc., sufragándose todos los gastos entre los socios. No se ofrece un servicio en común y el cliente puede seguir eligiendo libremente al profesional que ha de prestarle el servicio. En cuanto a la forma jurídica que puede revestir, cabe el **uso de la forma societaria**, donde el ánimo de lucro se correspondería con el ahorro esperado (Vega Vega), pero también otras como la comunidad de bienes, la agrupación de interés económico o la cooperativa. Estas dos últimas figuras tienen su razón de ser en la puesta en común de medios para el **ejercicio de la actividad de sus miembros**, al objeto de apoyarla o facilitarla ( LAIE art.2.1 y LCoop art.98.1 ).

### 334 Sociedad de participación en ganancias

La sociedad de participación en ganancias tiene como objeto repartirse entre varios profesionales las **ganancias de su actividad** con arreglo a una fórmula acordada de antemano. De hecho, y aunque nada impide constituir para ello una sociedad u otra entidad con personalidad jurídica, lo habitual será que este tipo de relaciones se articulen por vía contractual. También será usual que aparezcan de manera concomitante a una sociedad de medios.

### 336 Sociedad de intermediación

La sociedad de intermediación está destinada a funcionar como **agente o mediador**, poniendo en contacto al cliente que demanda servicios profesionales con el profesional persona física que los presta, pero sin prestarlos por sí misma. No obstante, su conceptualización y delimitación respecto de las sociedades profesionales dista de ser pacífica. Según una corriente doctrinal, el funcionamiento de una sociedad de intermediación implica tres **relaciones jurídicas**:

- entre el cliente y la sociedad de intermediación;
- entre esta y el profesional; y
- entre el profesional y el cliente -y solo esta última será la relación jurídica profesional-.

#### Precisiones

La DGRN ha tenido ocasión de manifestarse sobre las sociedades de intermediación y el **principio de veracidad de la denominación social**, señalando que -en el caso objeto de estudio-, no se constituye una sociedad profesional, pues, respecto del objeto social, expresamente se dispone que se configura como sociedad de intermediación respecto del desarrollo de la actividad profesional, y en la denominación social no se ha utilizado la expresión «profesional». Pero la utilización del término «arquitectos» sin hacer la precisión de que es de intermediación en actividades de arquitectura, da lugar a confusión ( DGRN Resol 18-9-17 ).

338 Este sector considera **esencial** la existencia de esta **tercera relación** (diferente y autónoma de la que hubiera entre el cliente y la sociedad) para que estemos ante una sociedad de intermediación porque, de lo contrario, la sociedad estaría prestando los servicios en su propio nombre y por tanto sería una sociedad profesional (Vega Vega). Por esta razón hay autores que ponen en duda la **autonomía de la sociedad de intermediación**, su objeto específico, afirmando que se trata en realidad de una sociedad profesional (Paz-Ares).

Otro sector doctrinal obvia la relación jurídica entre **el cliente y el profesional**. Ello conduce a una sociedad de intermediación que, en la práctica, funciona de manera casi idéntica a una sociedad profesional, sin serlo formalmente. Por eso se ha afirmado que bastaría con constituir una sociedad de intermediación para ejercer una profesión en común eludiendo la aplicación de la L 2/2007 (Pérez de la Cruz Blanco). Esta segunda interpretación se apoya fundamentalmente en la poco clara mención a las sociedades de intermediación que hace la L 2/2007 en su Exposición de Motivos, que parece desconocer la relación cliente - profesional persona física. Sin embargo, frente a esta postura podría argumentarse que la actividad de una sociedad de intermediación así configurada encajaría dentro de la definición de «**ejercicio en común**», lo que obligaría a considerarla como sociedad profesional ( L 2/2007 art.1.1 párr.3º ).

## B. Sociedad limitada profesional como vehículo para el ejercicio colectivo de la abogacía

### 340 Concepto

La L 2/2007 define las sociedades profesionales como aquellas sociedades cuyo **objeto social** consiste en el ejercicio en común de una actividad profesional ( L 2/2007 art.1.1 ).

Respecto al alcance de la mención al «ejercicio en común», la doctrina no es unánime. Por un lado, hay opiniones que entienden que esa expresión tiene un significado meramente técnico y que no se trata de una **prohibición**

**de la unipersonalidad** de la sociedad profesional (García-Valdecasas Butrón). Según esta postura, si se admite la unipersonalidad de las sociedades en general, y en la medida en que no existe una prohibición específica que impida que las sociedades profesionales revistan el carácter de unipersonal, cabe entender que no les está vedado dicho carácter. En cambio, la postura contraria entiende que, como norma general, las sociedades profesionales no pueden ser unipersonales (Romero Fernández) ya que la expresión «ejercicio en común» y la continua referencia de la ley a «socios» en plural parece presuponer una **pluralidad de ejercientes-socios**. Según esta última corriente doctrinal, la unipersonalidad originaria no es posible y la sobrevenida supondría una causa de disolución según la L 2/2007 art.4.5 . Lo cierto es que ni la ley ni la jurisprudencia se pronuncian expresamente en ningún sentido.

#### 344 Régimen jurídico

Las sociedades profesionales se rigen en primer lugar por la L 2/2007 y, supletoriamente, por las normas propias del **tipo social** que adopten, que puede ser, en principio, cualquiera ( L 2/2007 art.1.2 y 3 ). Por tanto, en el caso de la sociedad limitada profesional (en adelante SLP), el **régimen supletorio** sería el que prevé la LSC para este tipo societario, que en la práctica supone que la mayor parte de la regulación de la SLP se encuentre recogida en la LSC. No obstante, la L 2/2007 añade una serie de normas que en algunos casos se superponen a las de la LSC y en otros las modifican.

#### 346 Constitución de la sociedad limitada profesional

Para constituir una SLP será precisa **escritura pública** e inscripción en el Registro Mercantil, momento en el que la SLP adquiere **personalidad jurídica** ( LSC art.20 y 33 ; L 2/2007 art.7.1 y 8.1 ).

#### 348 Escritura de constitución

La escritura de constitución, además del contenido propio de las sociedades limitadas previsto en la LSC art.22 , deberá incluir las siguientes **menciones**:

- a) La **identidad** de los otorgantes, expresando los que son socios profesionales y sus **datos de colegiación** ( LSC art.22.1.a ; L 2/2007 art.7.2.a y b ).
- b) El **objeto social**, especificando la actividad profesional (o actividades profesionales, en su caso) que vaya a desarrollar la sociedad ( L 2/2007 art.7.2.c ).
- c) Además, debe identificarse a las **personas** que inicialmente han de ejercer la **administración** ( L 2/2007 art.7.2.d ). A este respecto, deben cumplirse en el momento de la constitución las reglas sobre **cuotas mínimas de socios profesionales** en el capital y los derechos de voto y en la administración, así como las relativas a la habilitación de aquellos para el ejercicio profesional (nº 372 ).

#### 350 Estatutos sociales

En los **estatutos sociales** de una SLP, además del contenido propio del tipo social correspondiente:

- deben determinarse los **sistemas de reparto del resultado** (nº 372 ); y
- puede incluirse una **cláusula** sometiendo a **arbitraje** todo conflicto relativo a la sociedad entre socios, entre los socios y los administradores, o entre socios o administradores y la sociedad ( L 2/2007 art.18 ).

#### 352 Objeto social

También ha de reseñarse en la escritura el objeto social, que ha de consistir únicamente en la **prestación de servicios profesionales** ( L 2/2007 art.2 ).

No obstante lo anterior, el objeto social puede consistir también en la prestación de **varios servicios profesionales** distintos, salvo cuando hayan sido declarados incompatibles entre sí por una norma con rango de Ley ( L 2/2007 art.3 ). El objeto social puede desarrollarse también indirectamente, mediante participaciones en otras sociedades profesionales ( L 2/2007 art.2 ).

Téngase en cuenta que la LSC sanciona como **causa de nulidad** de la sociedad la ilicitud del objeto social: si se pretende constituir una sociedad profesional cuyo objeto no resulte claramente limitado a la prestación de servicios profesionales, podría entenderse que se está constituyendo una sociedad profesional con un objeto que le está prohibido, y por tanto que es nula ( LSC art.56.1.e ).

#### Precisiones

Esta norma de «**exclusividad del objeto social**» tiende a evitar la «comercialización» o la «contaminación» del objeto social, especialmente por lo que pueda afectar a las exigencias deontológicas ( DGRN Resol 21-7-2011 ), pero no obsta a que se inscriban objetos sociales que incluyan actividades auxiliares o complementarias del objeto social (investigación académica, formación de profesionales de la abogacía, desarrollo de aplicaciones informáticas aplicadas a la actividad profesional, etc.), con tal de que no sean de carácter mercantil.

### 356 Denominación social

La denominación social puede ser objetiva o subjetiva, pero si es **subjetiva** deberá formarse con el nombre de todos, varios o alguno de los socios profesionales ( L 2/2007 art.6.1 y 2 ). En caso de que uno de los **socios profesionales** sea otra sociedad profesional, la denominación no podrá consistir exclusivamente en su nombre, pues ello contravendría la prohibición de que una sociedad ostente el mismo nombre que otra ( LSC art.7 ). Además, el **socio que abandona** la sociedad, **o sus herederos**, pueden exigir en cualquier momento que se suprima su nombre de la denominación si formaba parte de la misma, incluso si hay pacto en contrario, aunque en este caso deberá indemnizar a la sociedad ( L 2/2007 art.6.3 y 4 ) (García-Valdecasas Butrón).

Respecto de las **denominaciones objetivas**, pueden ser de fantasía, pero si no lo son no podrán referirse a actividades distintas del objeto social ( RRM art.402 ).

En todo caso, en la denominación debe indicarse el **tipo social** incluyendo la expresión «sociedad de responsabilidad limitada profesional» o la abreviatura «SLP» ( L 2/2007 art.6.5 ).

#### Precisiones

Hay sociedades profesionales que tienen **cláusulas estatutarias** que prohíben que los socios (o sus herederos, en su caso) cuyo nombre figure en la denominación social soliciten la exclusión del mismo en caso de que pierdan la condición de socio por cualquier motivo, sujeto al pago de una indemnización a la SLP en caso de contravenir esta prohibición.

### 360 Capital social

El capital social deberá estar **íntegramente desembolsado**, ya sea mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias ( LSC art.58 a 66 y 78 ).

1. **Aportaciones dinerarias:** debe acreditarse su realidad ante el notario autorizante de la **escritura de constitución** mediante certificado de depósito en entidad de crédito a nombre de la sociedad ( LSC art.62.1 ). Ese depósito no puede ser anterior en más de 2 meses a la escritura de constitución ( RRM art.189.1 ).

2. **Aportaciones no dinerarias:** se aplica un régimen de responsabilidad solidaria entre socios por el **valor atribuido** a las aportaciones en la escritura, así como normas específicas según lo aportado: si son bienes muebles o inmuebles, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento; mientras que si son **derechos de crédito**, el aportante responderá no solo de su legitimidad sino también de la solvencia del deudor ( LSC art.64 , 65 y 73 ).

### 362 Creación de oficinas o sucursales

En esta materia no hay especialidad en la L 2/2007 , por lo que se aplica el régimen general previsto en la LSC , según el cual se podrán abrir sucursales en cualquier lugar del **territorio nacional o del extranjero**. La **competencia** para ello, salvo disposición estatutaria que lo regule de otro modo, corresponderá al órgano de administración.

### 364 Inscripción

La inscripción **debe contener** las mismas menciones que la escritura de constitución, además de la identificación de los socios, la denominación social, el domicilio social, la duración de la sociedad si es por tiempo determinado (si no se dice nada se entenderá, por tanto, de duración indefinida), y una reseña de la escritura de constitución ( L 2/2007 art.8.2 ).

Durante toda la vida de la sociedad, deberá inscribirse también todo cambio de socios o administradores, así como toda **modificación del «contrato social»** -que en el caso de las sociedades limitadas- ha de entenderse referido a los estatutos sociales ( L 2/2007 art.8.3 ).

Por último, la L 2/2007 dispone que el Ministerio de Justicia deberá dar **publicidad** a las hojas registrales (tanto en el Registro Mercantil como en los registros colegiales de sociedades profesionales) mediante un portal accesible a través de Internet ( L 2/2007 art.8.5 ). En cumplimiento de esta obligación, cada uno de los colegios de abogados y el Consejo General de la Abogacía Española han creado un **registro de sociedades profesionales** que son accesibles a través de Internet.

### 366 Inscripción en el colegio profesional

Adicionalmente a la inscripción en el Registro Mercantil, es necesaria la inscripción en el colegio profesional correspondiente en función de la **actividad profesional** y del domicilio, que deberá llevar un registro de sociedades profesionales ( L 2/2007 art.8.4 ). A estos efectos, el registrador mercantil deberá comunicar de oficio al colegio profesional la inscripción de la sociedad para su inclusión en dicho registro. La **sociedad profesional multidisciplinar** deberá estar inscrita en los colegios correspondientes a todas las actividades que integran su objeto social ( L 2/2007 art.3 y 8.6 ).

## C. Aspectos subjetivos de la sociedad limitada profesional

### 1. Socios de la sociedad

#### 372 Socio profesional

Son posibles dos **clases** de socio profesional:

a) **Socio persona física**: debe cumplir con los requisitos para ejercer la actividad del objeto social (en este caso, la abogacía), libre de toda incompatibilidad o inhabilitación para ello -por ejemplo, la inhabilitación impuesta como pena en sentencia, o las del EGAE (nº 9510)-, y ejercerla en el seno de la sociedad profesional (EGAE art.21 y 22 ; L 2/2007 art.4.1.a y 4 ).

b) **Sociedad profesional**: se permite que una sociedad profesional sea socia de otra (nº 402 ) ( L 2/2007 art.4.1.b ). En principio, no se establece límite en la L 2/2007 a la participación de sociedades profesionales en otras, por lo que sería posible una sociedad profesional en la que **todos los socios** -o el **socio único**, de admitirse la unipersonalidad-, fueran a su vez sociedades profesionales.

Lo distintivo de las sociedades limitadas profesionales es que han de cumplir con unas **cuotas mínimas** de socios profesionales: al menos la mitad del capital y de los derechos de voto habrán de pertenecer a socios de esta clase, y también habrán de tener mayoría en el órgano de administración (nº 406 y nº 408 ). Los estatutos pueden imponer restricciones adicionales, siendo posible incluso establecer que la SLP solo podrá tener socios profesionales.

#### 374 Cuotas de socios profesionales

Capital	Mayoría
Derechos de voto	Mayoría
Órgano de administración	Mayoría de miembros: <ul style="list-style-type: none"><li>• Si hay consejero delegado, debe ser un socio profesional.</li><li>• Si el órgano de administración es unipersonal, debe ocuparlo un socio profesional.</li></ul>

#### Precisiones

En caso de que se opte por un **consejo de administración**, la adopción de acuerdos requerirá el voto favorable de la mayoría de socios profesionales, con independencia del número de miembros concurrentes.

375 Si la **sociedad es multidisciplinar**, es decir, si su objeto social consiste en el ejercicio de varias actividades profesionales, es evidente que el referido requisito ha de cumplirse en conjunto, computándose a estos efectos los socios profesionales que lo sean en cada una de las profesiones del **objeto social** (pues no puede haber varias mayorías a la vez), y teniendo en cuenta que en todo caso deberá haber al menos un socio profesional por cada una de ellas (García-Valdecasas Butrón).

Cualquier **cambio de socios** deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, puesto que en la inscripción de la sociedad debe figurar la identificación de todos los socios, identificando a los profesionales y expresando sus datos de colegiación ( L 2/2007 art.8.3 y 8.2.d ).

#### 376 Derechos del socio profesional

No difieren en lo básico de los derechos del socio de cualquier SL, teniendo por tanto los mismos derechos:

##### 1. Económicos:

- Derecho a participar en las ganancias sociales.
- Derecho a la cuota de liquidación.
- Derecho de asunción preferente.

##### 2. Políticos:

- Derecho de información.
- Derecho de asistencia a las juntas de socios.
- Derecho de voto.

La **participación en los beneficios** se determinará según lo regulado en los estatutos sociales, pudiendo establecerse sistemas de reparto según la **contribución** de cada socio a la buena marcha de la sociedad ( L 2/2007

art.10.2 ). En este caso, los estatutos sociales deben recoger los criterios aplicables y el reparto final debe ser aprobado por la junta de socios con una **doble mayoría**:

- mayoría **absoluta** del capital; y

- mayoría **simple** de los derechos de voto correspondientes a socios profesionales. Si nada se dice, el reparto será en proporción a la participación de cada socio en el capital ( L 2/2007 art.10.1 ).

Además, y como norma específica de las sociedades profesionales, el socio que ha dejado de serlo, o sus herederos, tiene derecho a exigir la **retirada de su nombre** de la denominación social si esta lo incluye, incluso si hay **pacto en contrario**, aunque en este caso deberá indemnizar a la sociedad (nº 356 ).

### 378 Obligaciones del socio profesional

Son fundamentalmente dos:

1. El **desembolso del capital social** en función de las participaciones sociales asumidas.

2. La **realización de las prestaciones accesorias** relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social, que son obligatorias para todos los socios profesionales ( L 2/2007 art.17.2 ).

### 380 Prestaciones accesorias

Estas prestaciones accesorias de los socios profesionales son nucleares al concepto de sociedad profesional. El tipo de prestaciones accesorias impuestas por la Ley a los socios profesionales está referido al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social y, por ello, se configuran como una **obligación principal** y necesaria de los socios profesionales (Romero Fernández). La SLP puede emplear a más profesionales para la prestación material de los servicios, pero la L 2/2007 ordena que al menos los socios profesionales intervengan en la misma ( L 2/2007 art.17.2 ). Tanto es así que el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias por el socio profesional supone **causa de exclusión** del socio (nº 431 ).

La L 2/2007 únicamente dispone que estas prestaciones accesorias son obligatorias para los socios profesionales, sin regular el régimen al que están sujetas, por lo que deberá aplicarse el **régimen legal** de la LSC art.86 s. Por tanto, los estatutos deberán establecer el contenido concreto y determinado de estas prestaciones accesorias, así como su gratuidad o retribución.

Por su parte, los estatutos sociales pueden prever, además de las prestaciones accesorias profesionales, otras prestaciones accesorias que se pueden imponer a todos los socios (profesionales o no) y que se regirán por la LSC.

### 382 Retribución de las prestaciones accesorias - aspectos societarios

La única norma que establece la L 2/2007 es que se podrá aplicar el régimen de la **participación en beneficios** (nº 350 ), de modo que en los estatutos sociales se puede establecer el régimen de retribución de las prestaciones accesorias que acuerden los socios. En puridad, no hay norma que impida establecer incluso su gratuidad, aunque en una SLP ello tendría tan poco sentido que la doctrina entiende que es necesario establecer uno u otro modo de retribución (Romero Fernández y Vega Vega). En el siguiente apartado se analizarán los distintos **modelos de retribución** de las prestaciones accesorias.

No es pacífica la aplicación o no en este caso de la LSC art.87.2 , en virtud del cual la retribución de las prestaciones accesorias no podrá superar su valor. Es cierto que la función de evitar **devoluciones de aportaciones** encubiertas de dicha norma puede aplicarse también a las sociedades profesionales, pero no es menos cierto que fijar un valor a las prestaciones accesorias consistentes en la prestación de servicios profesionales es algo sumamente difícil y subjetivo. A pesar de ello, es unánime la necesidad de poner un **límite** a la remuneración de las prestaciones accesorias (Vega Vega), como vincular la remuneración a alguna variable objetiva (p.e. número de clientes o asuntos aportados al despacho, número de horas facturadas, pleitos ganados, etc.).

Atendiendo a lo anterior, y a modo de resumen, los **ingresos** del socio profesional consistirán por un lado en su participación en beneficios, decidida según lo establecido en los estatutos sociales, y por otra, en la **remuneración** de las prestaciones accesorias que el socio está obligado a realizar para la sociedad.

### 384 Retribución de las prestaciones accesorias - modelos de retribución

Los modelos de retribución de los socios profesionales son muy variados, pero en términos generales pueden agruparse en las siguientes **categorías** (expresadas de ordinario mediante anglicismos):

a) «**Lockstep**»: sistema en el que la retribución de cada socio depende de una serie de parámetros objetivos, entre los que la antigüedad o *seniority* suele ocupar un lugar preferente. De este modo, el importe total disponible para retribuir a los socios se distribuye según unas reglas predefinidas. Asimismo, el *lockstep* puede ser puro (*equal distribution*), en el que todos los socios reciben la misma remuneración o modificado (*modified lockstep*), en el que el calendario del *lockstep* puede ser acelerado, ralentizado o gestionado sobre la base del desempeño o rendimiento individual de los socios;

b) «**Formula**» (comúnmente conocida como *eat what you kill*): modelo en el que la retribución de cada socio se determina como el resultado de una fórmula matemática basada en datos cuantitativos que tratan de medir el rendimiento individual de cada uno, especialmente en lo referido a la captación de clientes, a la apertura de asuntos y a la minutación de honorarios profesionales (De Carlos). Adicionalmente, cabe la posibilidad de modificar el resultado de la fórmula matemática por la aplicación de criterios subjetivos, lo que da lugar al sistema de remuneración conocido como *combination o modified formula*.

c) «**Subjective**»: sistema en el que la remuneración de los socios se determina a partir de decisiones subjetivas de una persona o de un comité, aunque las decisiones pueden tomar en cuenta información cuantitativa.

d) «**Corporate**»: fórmula en el que los socios reciben un salario fijo, luego un bonus basado en su rendimiento individual, y finalmente dividendos derivados de la rentabilidad global de la firma.

Los **sistemas predominantes** en Europa Continental y en el Reino Unido son el *lockstep* y el modelo *eat what you kill* (en cualquiera de sus variantes), mientras que el sistema *subjective* es el mayoritario en los Estados Unidos.

La **ventaja** del sistema de «*lockstep*» es que fomenta la cohesión entre los socios, el trabajo en equipo y la visión a largo plazo, aunque -como contrapartida- el incentivo que tiene cada socio individual para aumentar su rendimiento es menor.

Al revés sucede con el sistema «*eat what you kill*», en el que el incentivo de cada socio para dar lo mejor de sí es máximo, pues todo ello repercutirá en su beneficio. No obstante, el sistema genera competencia interna y «acaparamiento» de clientes y asuntos, lo que puede minar la cohesión del despacho. Esta individualización de la responsabilidad también entraña el peligro de la **tolerancia con los socios** de rendimiento insuficiente: al recibir una remuneración también menor y no afectar directamente a la del resto, es frecuente que la dirección no se sienta presionada para expulsarlos. Sin embargo, esta situación impide generar un **ambiente de excelencia** y presiona el rendimiento global a la baja (Maister) (nº 480 s. ).

386 Dejando al margen estos inconvenientes, lo cierto es que en el momento del efectivo abono de la remuneración cada socio percibirá una cantidad determinada en proporción a lo que ha generado, de modo que no son posibles -al menos *prima facie*- los agravios comparativos. Precisamente al contrario de lo que sucede en el *lockstep* que puede dar lugar a que los socios piensen que los **criterios de distribución no son equitativos**. No obstante, el sistema *eat what you kill* tampoco es inmune al conflicto, pues pueden producirse discusiones sobre a quién se debe atribuir una **ganancia**, lo que se ha apuntado como una desventaja (McEwen, Sa Carneiro).

Se aprecia también una diferencia entre ambos modelos en cuanto al incentivo que supone el sistema de retribución para la realización del trabajo no facturable (promoción y representación de la sociedad, formación de los abogados más jóvenes, etc.). Cuanto más directamente dependa la remuneración del socio de las **horas que factura**, menos inclinado se sentirá a realizar ese tipo de actividades (McEwen) y, aunque esta es siempre una variable importante, en un modelo *eat what you kill* adquiere una relevancia mucho mayor, llegando en ocasiones a ser casi la única.

Como contrapartida, el sistema *eat what you kill* permitiría un **crecimiento más rápido de la sociedad**, pues facilita el añadir socios al minimizar el riesgo e inversión inicial para el despacho: si el nivel de facturación que generan los nuevos socios es inferior al esperado, quien perderá será el nuevo socio, no la sociedad ni los demás socios. Por eso se considera un sistema idóneo para **despachos en fase de expansión** o que están entrando en nuevos mercados (McEwen).

#### Precisiones

Sin embargo, esa misma facilidad para añadir socios puede llevar a relajar la exigencia, permitiendo el acceso de **profesionales mediocres** a la sociedad, con el consiguiente perjuicio para el despacho (Campos Ferreira).

388 Por el contrario, el *lockstep* sería más propio de despachos que han alcanzado una fase de estabilización, entre otros motivos porque obliga a ser más **restrictivo** respecto a la **admisión de socios**: no puede ser tolerante con los requisitos, so pena de introducir socios de desempeño inferior a su remuneración, que se beneficiarían de las ganancias generadas por los más productivos -dando a estos, a su vez, un motivo para abandonar la firma- (McEwen).

En la actualidad, los **modelos híbridos**, que mezclan los criterios utilizados por los referidos sistemas para determinar la remuneración de los socios profesionales, son la regla general. Así, se puede afirmar que la tendencia global es incorporar cada vez más elementos relativos al **desempeño individual** en la retribución, en un movimiento que se aleja del *lockstep* puro a favor de sistemas mixtos y del uso de bonus (Wesemann y Jarrett Kerr). De entre estos **factores**, destacan como los más comúnmente usados:

- el rendimiento personal (*personal performance*);
- el desarrollo del negocio (*business development*);

- los conocimientos técnico-jurídicos (*technical expertise*); y
- el trabajo interno de gestión de la firma (*firm work*).

### 390 Régimen de prestación de servicios profesionales

Sobre el régimen de exclusividad o no competencia en la prestación de servicios por el socio profesional, la L 2/2007 guarda silencio, por lo que serán los estatutos sociales los que, en **uso de la autonomía de la voluntad**, establezcan si existe o no y cuál es su funcionamiento e incluso su posible retribución. En ausencia de regulación estatutaria, hay autores que entienden que del conjunto de la L 2/2007 se infiere un principio general de no competencia (Campins Vargas), pero esta interpretación no es unánime. En todo caso, serían aplicables las **normas deontológicas y de defensa de la competencia**, que en ausencia de previsión estatutaria podrían utilizarse para limitar o perseguir el ejercicio competitivo por parte del socio profesional.

### 392 Régimen de responsabilidad de los socios profesionales

La L 2/2007 establece un régimen de responsabilidad del socio profesional muy gravoso que deroga el general de limitación de responsabilidad de los socios de las SL respecto de los socios profesionales y por deudas derivadas de actos profesionales (nº 449 ).

En todo caso, hay que tener en cuenta que, como **norma tuitiva del cliente**, la L 2/2007 extiende el régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales a todo supuesto de ejercicio en común de una profesión (nº 449 ), de manera que también en el supuesto de sociedades de profesionales sería aplicable la L 2/2007 art.11 , aunque no el resto de la norma.

### 394 Régimen de Seguridad Social

Existe además en la L 2/2007 una previsión relativa al régimen de Seguridad Social de los socios profesionales ( L 2/2007 disp.adic.5ª ), para el que se remite a la LOSSP disp.adic.15ª que básicamente establece que deberán encuadrarse bien en la **Mutualidad de Previsión Social** de su colegio profesional, si la hay, o bien en la Seguridad Social bajo el régimen especial de los trabajadores autónomos (nº 480 s. ).

### 396 Socio no profesional: estatuto, utilidad, atractivos

El estatuto del socio no profesional difiere poco del que asiste al socio de cualquier SL. En este sentido, el socio no profesional gozará de los usuales derechos económicos (de participación en las ganancias sociales, a la cuota de liquidación y de asunción preferente) y políticos (de información, de asistencia y de voto) que también tienen los socios profesionales.

Su modo de participar en los **beneficios y pérdidas** puede ser el mismo que el de los socios profesionales o no, pues la L 2/2007 art.10 no hace distinciones, pudiendo los estatutos sociales determinarlo con considerable libertad dentro de los límites de dicho artículo y de las prohibiciones en materia de **participaciones privilegiadas** de la LSC (nº 372 ) ( LSC art.96 y L 2/2007 art.10 ).

Por otro lado, el socio no profesional también estará obligado a desembolsar el capital social correspondiente a las participaciones sociales que asuma. Sin embargo, no estará necesariamente obligado a realizar **prestaciones accesorias**, aunque nada impide que los estatutos sociales así lo establezcan. En cualquier caso, en una SLP la realización de prestaciones accesorias es más propia de los socios profesionales.

### 398 Si la denominación social es subjetiva, no podrá incluirse el nombre de ningún socio no profesional ( L 2/2007 art.6.2 ).

En cuanto a su responsabilidad, rige la limitación propia de las SL, de modo que no responderán personalmente de las **deudas sociales**, salvo en los casos previstos expresamente en la Ley. El régimen especial de responsabilidad previsto en la L 2/2007 art.11 no les afecta.

Tampoco hay especialidades en la L 2/2007 frente a la LSC en materia de separación, exclusión y transmisión de la condición de socio no profesional y reembolso de su cuota de liquidación.

En cuanto a las cuotas mínimas de socios no profesionales en el capital y la administración ( L 2/2007 art.4.2 ):

<b>Cuotas de socios no profesionales</b>	
Capital	Minoría
Derechos de voto	Minoría
Órgano de administración	Minoría de miembros: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si hay consejero delegado, no puede ser socio no profesional.</li> <li>• Si el órgano de administración es unipersonal, no puede ser socio no profesional.</li> </ul>

### 400 Con carácter general, la inclusión de socios no profesionales tendrá por finalidad la **aportación de recursos propios** a la sociedad, revistiendo por tanto el **carácter de inversores** en la SLP. Para aumentar el atractivo de dicha inversión podrían tener sentido mecanismos como la creación de participaciones privilegiadas (por ejemplo, con un dividendo

preferente o preferencias respecto de la cuota de liquidación). No obstante, hay más supuestos en los que una SLP puede admitir un socio no profesional, como el caso de un socio profesional que deja de ejercer la profesión pero continúa vinculado a la sociedad, convirtiéndose así en socio no profesional; o del heredero de un socio profesional que no ejerce la profesión o no lo hace en el seno de la sociedad. En este tipo de supuestos, la proporción de socios profesionales se verá alterada, por lo que debe prestarse especial atención a que esa proporción no se reduzca por debajo de la mínima exigida en la L 2/2007 (nº 372 ).

A todos los socios no profesionales se les aplicará el mismo régimen independientemente del motivo por el que ostenten tal condición, dado que ni la L 2/2007 ni la LSC hacen distinción alguna entre ellos.

## 402 Socio persona jurídica

### 1. Socios no profesionales

La L 2/2007 no se pronuncia expresamente acerca de la condición de persona física o jurídica de los socios no profesionales, de modo que ha de **aplicarse el régimen general**, que no impide la existencia de socios que sean personas jurídicas. Por tanto, en caso de socios no profesionales personas jurídicas, se les aplicará el estatuto expuesto más arriba (nº 396 ).

### 2. Socios profesionales

Sin embargo, la L 2/2007 sí se refiere expresamente a los socios profesionales persona jurídica, para declarar lícita su existencia: el socio profesional que sea persona jurídica solo podrá ser otra sociedad profesional (Verdú Cañete) ( L 2/2007 art.4.1.b ).

Se le aplicará el régimen de los socios profesionales, lo que implica que deberá realizar las prestaciones accesorias inherentes a su condición de acuerdo con lo previsto en la L 2/2007 art.17.2 . Por tanto, el socio profesional persona jurídica realizará su prestación accesorial del mismo modo que si prestase un servicio profesional a un cliente, es decir, en última instancia por medio de profesionales personas físicas, socios o no socios, que habrán de cumplir los **requisitos necesarios** para el ejercicio de la profesión de que se trate.

## 2. Órganos sociales

---

405 Las especialidades establecidas por la L 2/2007 en materia de órganos sociales se encaminan principalmente a que la sociedad se mantenga en todo momento bajo el **control de los socios profesionales**.

### 406 Junta general de socios

La L 2/2007 obliga a que al menos la mayoría del capital y los derechos de voto pertenezcan a socios profesionales. Salvo cuestiones muy concretas, la L 2/2007 no contiene una regulación sobre el **régimen de mayorías**, por lo que en esta materia habrá de estarse al régimen de la SL ( L 2/2007 art.4.2 ).

Sin embargo, la aplicación del régimen general de la LSC no garantiza el control de la SLP por parte de los socios profesionales de los acuerdos de la junta de socios que requieran ser aprobados por mayoría ordinaria de la LSC art.198 . Estos **acuerdos** podrían adoptarse en contra del criterio de los socios profesionales en cualquier junta de socios en que concurriesen socios no profesionales con al menos un tercio de los derechos de voto y socios profesionales con una proporción de derechos de voto inferior a la de los no profesionales.

#### Precisiones

Por ejemplo, en una SLP en la que los socios no profesionales tuvieran un 40% de los derechos de voto, si acudieran todos a la junta, pero se ausentasen la mitad de los socios profesionales, los no profesionales tendrían en esa junta una mayoría suficiente para imponer su criterio. Todo ello suponiendo que hay distribución igualitaria de los derechos de voto.

407 Una manera de evitar esta situación es que los **estatutos sociales** aumenten la mayoría necesaria o exijan además el voto favorable de un determinado número de socios profesionales (haciendo uso de la facultad de la LSC art.200.1 ).

Por el contrario, las dos **mayorías reforzadas** previstas en la LSC requerirían en todo caso del concurso de los socios profesionales para alcanzarse, de modo que podrían vetar las decisiones a que se refieren ( LSC art.199 ).

Por otra parte, en caso de **conflicto de interés**, el socio tiene el deber de abstenerse de votar ( LSC art.190 ).

En cuanto a la **representación** en la junta de socios, por efecto de la L 2/2007 art.4.6 , los socios profesionales solo podrán conferírsele a otros socios profesionales.



#### 408 Órgano de administración

A diferencia de lo que ocurre con la junta de socios, el control de los socios profesionales sobre el órgano de administración de una SLP está asegurado en todo caso por lo dispuesto en la L 2/2007 art.4.3 . No solo se exige que la mayoría de los miembros del órgano de administración (tratándose de un órgano colegiado) o el administrador único, en su caso, sean socios profesionales, sino que la adopción de acuerdos requiere el **voto favorable** de la mayoría de socios profesionales, con independencia del número de miembros asistentes. El juego de estas dos normas hace que ninguna decisión del órgano de administración pueda adoptarse en contra del criterio mayoritario de los socios profesionales.

En otro orden de cosas, todo cambio de administradores de la SLP deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil ( L 2/2007 art.8 ). Esta previsión no implica que, en el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, desaparezca la posibilidad prevista en el RRM de inscribir el nombramiento por medio de la **certificación del acta** de la junta general o del consejo de administración en que fueron nombrados (con las firmas legitimadas), o por medio del **testimonio notarial** de esa acta (García-Valdecasas Butrón; Vega Vega) ( RRM art.142 ).

Por último, de acuerdo con lo dispuesto en la L 2/2007, el socio profesional miembro del órgano de administración solo podrá conferir su representación en el seno del mismo a otro socio profesional ( L 2/2007 art.4.6 ).

### 3. Profesionales no socios

---

410 Las referencias en la L 2/2007 a los profesionales no socios son muy parcas, pero de su generalidad se deduce que los profesionales colegiados a través de los cuales la SLP ejerce su actividad profesional ( L 2/2007 art.5.1 ) no tienen por qué ser únicamente los socios, sino que pueden intervenir otros profesionales no socios, que igualmente habrán de cumplir las condiciones para el ejercicio de la profesión. No se hace referencia a la naturaleza del vínculo que puede unir a estos profesionales no socios con la L 2/2007 , pero la L 22/2005 disp.adic.1ª señala que en caso de **abogados** que presten servicios retribuidos **por cuenta ajena** dentro del ámbito de organización y dirección de un despacho de abogados, su actividad tendrá la consideración de **relación laboral de carácter especial**, por lo que se regirá por el RD 1331/2006 . Aunque no sean socios, estarán sujetos al **régimen deontológico y disciplinario** propio de la actividad profesional ( L 2/2007 art.9.1 y 9.2 ), al igual que los socios. Tampoco se hace distinción entre profesionales socios y no socios a la hora de sujetarlos al **régimen de responsabilidad** por actos profesionales ( L 2/2007 art.11.2 ).

### 4. Gestión del talento

---

#### 415 Plan de carrera y acceso a la condición de socio

Los planes de carrera en los despachos colectivos tienen como **finalidad** potenciar la motivación de los abogados, permitiéndoles alcanzar la condición de socio una vez superados distintos hitos que han sido previamente establecidos. De esta forma, se configura un marco de referencia que permite a los abogados conocer las fases previsibles de su evolución, así como anticipar en cada etapa qué es lo que se espera de ellos.

El sistema se articula de manera que el paso de una fase a otra del plan de carrera depende del **resultado de una evaluación**, sin que existan automatismos. En tanto que el resultado de la evaluación determina la continuidad del profesional en la firma, una aplicación excesivamente rígida de este modelo puede adolecer de una falta de flexibilidad a la hora de retener el talento. En respuesta a este problema, los planes de carrera suelen incorporar la posibilidad de realizar **excepciones** en las últimas etapas, para permitir que aquellos abogados que no reúnan las competencias necesarias para acceder a la condición de socio puedan permanecer y seguir generando valor para el despacho.

Comúnmente, las **etapas** en el plan de carrera suelen distribuirse en torno a tres grandes fases:

- a) **Primera fase:** suele ocupar los primeros 3 o 4 años, el abogado recién licenciado y colegiado se incorpora al despacho y debe desarrollar, sobre todo, sus **capacidades técnicas**.
- b) **Segunda fase:** su duración es también de 4 años, aproximadamente, en los que el abogado deberá completar sus habilidades profesionales desarrollando competencias relacionadas no solo con el apartado técnico sino también con el **desarrollo de negocio y gestión de equipos**.
- c) **Tercera fase:** es en esta fase cuando se exige al abogado alcanzar un alto nivel de depuración técnica y de desarrollo de su **faceta comercial y de gestión del despacho**. La duración de esta fase puede variar sustancialmente dependiendo del modelo de firma, no obstante, es común que al final de ella ocurra el momento determinante en el que el abogado presenta su candidatura a la condición de socio. El hecho de que el candidato no acceda a la condición de socio puede no resultar determinante para su **permanencia en el despacho** ya que, no pocos despachos, prevén categorías profesionales alternativas que permiten continuar desarrollando la carrera profesional. Eventualmente,

profesionales que continúan desarrollando su carrera de esta forma pueden llegar a promocionar posteriormente a la condición de socio cuando su trayectoria y reconocimiento así lo avalen.

#### 417 Plan de formación

Un incentivo cada vez más relevante para captar y retener talento, así como para desarrollar las competencias profesionales de los integrantes de la firma consiste en implantar, junto con el plan de carrera, diversos programas de **formación técnica** para sus abogados. Estos planes de formación, dirigidos tanto a abogados como a socios, buscan potenciar y desarrollar las habilidades de sus integrantes de modo acorde con el momento de la carrera profesional en el que se encuentran. Así pues, mientras que para los abogados más jóvenes resultará crucial su formación en materias de índole técnica, para abogados más experimentados y para los socios cuestiones como el desarrollo de negocio y la gestión de equipos revestirán suma importancia. Los planes de carrera han demostrado ser un factor diferencial para las firmas a la hora de establecer su impronta y valores en sus profesionales (es decir, su «cultura corporativa»). Al mismo tiempo, han permitido que el **intercambio de conocimientos y «know-how»** desde los abogados más senior a los más jóvenes ocurra de manera más fluida y eficaz, con el consiguiente impacto que esto tiene en la calidad jurídica de los servicios que se prestan.

#### 418 Remuneración de los abogados

La remuneración de los abogados puede estar basada en **conceptos fijos** (nº 656 s. ), que se determinan en función de su categoría profesional, y en **conceptos variables** (nº 660 s. ). En las primeras etapas de la carrera la remuneración suele ser fija y la inclusión de elementos variables ocurre de forma paulatina, haciéndose depender tanto de los resultados del despacho como del propio desempeño del abogado, siendo el peso entre un factor y otro variable en función de la estrategia de cada despacho.

### 5. Algunos factores de éxito de un abogado

---

420 Los factores diferenciadores que permiten definir a un abogado de éxito tienen una doble naturaleza: conocimientos jurídicos y de negocio y habilidades sociales.

En lo que a los **conocimientos jurídicos y de negocio** se refiere, un abogado de éxito debe poseer una excelente formación técnica, tanto general como particular de su área de especialización. Esta formación técnica debe ser además completada con un suficiente conocimiento de la realidad del negocio en el que el cliente opera y de sus sensibilidades.

Del mismo modo, a día de hoy, a todo abogado se le exige que no solo posea una exquisita formación teórica, sino que también cuente con un amplio abanico de **habilidades de contenido relacional**. Unas, están ligadas íntimamente con la dimensión comercial, tal es el caso de la capacidad de transmitir ideas de modo claro, conciso y estructurado, generar confianza y atraer nuevos clientes y asuntos. Otras, en cambio, tienen que ver con la gestión de equipos y distribución eficiente del trabajo.

### D. Aspectos estructurales de la sociedad limitada profesional

425 En los apartados siguientes se analizan determinadas cuestiones, tales como:

- el régimen de las participaciones sociales;
- la separación y exclusión de socios (nº 430 );
- los negocios y derechos sobre participaciones (nº 433 );
- la autocartera (nº 434 );
- el aumento y la reducción de capital (nº 435 );
- las modificaciones estructurales (nº 436 s. ); y
- la disolución y liquidación (nº 444 ).

#### Régimen de las participaciones sociales

##### 426 Régimen general

La L 2/2007 no prevé un régimen específico para las participaciones sociales de la sociedad profesional, sino solo una serie de especialidades que afectan mayoritariamente a las participaciones de los socios profesionales. Por tanto, en lo sustancial, las participaciones sociales se registrarán por la LSC. A este respecto, es pertinente señalar que, como cualquier sociedad limitada, la SLP está obligada a la llevanza de un **libro registro de socios** en los términos de la

LSC, que reviste una importancia considerable pues, entre otras funciones, legitima al socio como tal ante la sociedad ( LSC art.104 y 105 ).

No es obligatoria la creación de clases de participaciones diferenciadas para socios profesionales y no profesionales, aunque puede ser una manera sencilla de diferenciarlos en orden a la aplicación o no del **régimen particular** de las participaciones del socio profesional.

No obstante, el establecimiento de distintas clases de participaciones no debe alterar la conclusión de que lo que determina el especial estatuto jurídico del socio profesional frente al no profesional no es el conjunto de derechos y obligaciones de las participaciones de las que es titular -que solo se identifican con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los requisitos de control de la sociedad limitada profesional por profesionales-, sino su propia **condición de profesional**, a la cual la L 2/2007 anuda las especialidades aquí explicadas.

#### Precisiones

Una previsión estatutaria consistente en que la **transmisión de participaciones de un socio profesional a un socio no profesional** o viceversa haya de provocar un cambio de clase de participación, no es solo errónea técnicamente, sino que induce a error. No pueden confundirse las consecuencias que puedan tener la transmisión de participaciones de un socio profesional a quien no lo es (o viceversa) con la existencia de participaciones que atribuyen distintos derechos a sus titulares ( DGRN Resol 9-10-17 ).

427 Tampoco hay obstáculo a la creación de:

a) **Participaciones sin voto**, lleven aparejado o no algún privilegio, aunque debe respetarse la proporción mínima de derechos de voto en manos de los socios profesionales (nº 372 ).

b) **Participaciones privilegiadas**, dentro del régimen general de la LSC, que pueden ser idóneas para los socios no profesionales que invierten en la sociedad profesional (nº 396 ) -por ejemplo mediante participaciones sociales con derecho a un **dividendo** preferente, que podrían además configurarse con o sin voto en función de la implicación que el inversor quiera tener-.

Las especialidades de las participaciones de los socios profesionales se refieren fundamentalmente a su transmisión (nº 428 ), a la separación y exclusión de los socios profesionales (nº 430 ) y a su cuota de liquidación (nº 444 ), además de las prestaciones accesorias que llevan aparejadas (nº 372 ).

Por su parte, las normas relativas al aumento y reducción de capital (nº 435 ) y a la autocartera (nº 433 ) se aplican a todas las participaciones sociales por igual.

428 **Transmisión de las participaciones sociales y de la condición de socio**

#### A. Participaciones de los socios no profesionales.

La transmisión de las participaciones sociales correspondientes a los socios no profesionales se registrará por el régimen general previsto en la LSC, es decir, los estatutos sociales han de regular la transmisión sin poder hacerla «prácticamente libre» ( LSC art.106 a 112 ). En defecto de **previsión estatutaria**, se aplicará el régimen previsto en la LSC respecto de la transmisión de las participaciones sociales ( LSC art.107 y 110 ). La única especialidad es que cualquier cambio de socios, sean profesionales o no, ha de inscribirse en el Registro Mercantil ( L 2/2007 art.8.3 ).

#### B. Participaciones de los socios profesionales.

En cambio, la transmisión de las participaciones del socio profesional se rige por el régimen especial de la L 2/2007 . Su principio básico es el de la **intransmisibilidad de la condición de socio profesional** por actos voluntarios *inter vivos*, salvo consentimiento de los demás socios, por mayoría si así se establece en los estatutos sociales o por unanimidad en otro caso ( L 2/2007 art.12 ).

En cuanto a las **transmisiones forzosas y «mortis causa»**, se establece que la transmisión de las participaciones del socio profesional se podrá prohibir por disposición estatutaria o por acuerdo unánime de los socios profesionales ( L 2/2007 art.15 ). En caso de que se deniegue la transmisión, se abonará a quien hubiera sido el adquirente la cuota de liquidación calculada conforme a la L 2/2007 art.16 (nº 430 ).

Esa misma regla se aplica en caso de liquidación de un **régimen de cotitularidad** sobre las participaciones del socio profesional, incluido el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales ( L 2/2007 art.15.2 ). En caso de prohibición de la transmisión de participaciones *mortis causa*, podrá preverse en los estatutos sociales la **disolución parcial de la sociedad**, con abono a los herederos de la cuota de liquidación que corresponda.

429 Sin embargo, a falta de previsión estatutaria o acuerdo unánime de los socios profesionales, no se establece qué régimen se aplicará las transmisiones forzosas o *mortis causa*. La doctrina tampoco es unánime en esta cuestión. Una parte entiende que, atendiendo al tenor del precepto, sería posible la transmisión de las participaciones sociales correspondientes a los socios profesionales (Vega Vega, 2009); mientras que otros autores creen que, en aplicación

de la prohibición general de transmisibilidad de la condición de socio profesional (Martínez-Moya Fernández, 2012) prevista para las transmisiones *inter vivos*, no se podrían transmitir tales participaciones sociales ( L 2/2007 art.12 ).

La L 2/2007 tampoco prevé el supuesto en el que un socio profesional pase a convertirse en **socio capitalista**, pero no hay disposición que prohíba ese cambio.

En caso de que los estatutos sociales vinculen las prestaciones accesorias a aquellas participaciones sociales que son de titularidad de los socios profesionales, debe tenerse presente la necesidad de modificar los estatutos sociales cuando esas participaciones sociales se transmitan a un tercero que vaya a tener la condición de socio no profesional o cuando un socio profesional pase a tener la condición de socio no profesional. Por tanto, parece aconsejable crear a estos efectos distintas clases de participaciones sociales según sus titulares sean o no socios profesionales.

#### 430 Separación y exclusión de socios

##### A. Socios no profesionales.

No hay especialidad en la L 2/2007 , de modo que aplica el régimen general de la LSC ( LSC art.347 a 359 ).

##### B. Socios profesionales.

Se aplica un régimen específico. Si la sociedad se constituyó por tiempo indefinido, podrán ejercer su **derecho de separación** en cualquier momento, con la única condición de hacerlo de buena fe ( L 2/2007 art.13.1 ). Si es por tiempo determinado, podrán separarse:

- en los casos previstos en la LSC para la SL;
- en los establecidos por los estatutos sociales, en su caso; y
- cuando concurra justa causa.

Nótese que no se define cuándo concurre justa causa, por lo que es previsible que el ejercicio del derecho de separación por esta vía genere **conflictos** que, en último término, resolverán los órganos jurisdiccionales o arbitrales correspondientes. Para evitarlo, una solución es definir en los estatutos sociales los supuestos en los que se entiende que concurre o no **buena fe o justa causa**, aunque esto no podrá nunca hacerse exhaustivamente. A título de ejemplo, puede establecerse que se considerará que concurre justa causa de separación en caso de cambio de sede donde se ejerza la actividad, de modificación sustancial del sistema de retribuciones, o si alguno de los socios incurre en una responsabilidad que pueda desprestigiar a la SLP.

También puede ser útil una **regulación negativa**, precisando en qué casos se entiende que no concurre buena fe o justa causa. Por ejemplo, se puede excluir la buena fe de una separación que tiene lugar estando pendiente un procedimiento de gran trascendencia para la sociedad, o durante los primeros años de la vida de esta. Los estatutos también pueden establecer otras cautelas, como plazos mínimos de preaviso ( DGRN Resol 7-2-2012 ).

#### 431 Respecto a la **exclusión** de socios profesionales, la L 2/2007 establece especialidades tanto en las causas como en el procedimiento. El socio profesional podrá ser excluido por las siguientes **causas**:

1. Las **previstas en los estatutos sociales**, tales como el alcanzar una edad máxima (por ejemplo, la equivalente a la edad de jubilación).
2. La **infracción grave** de sus deberes deontológicos o con la sociedad (donde cabe incluir el incumplimiento de las prestaciones accesorias).
3. La **perturbación** del buen funcionamiento de la sociedad.
4. La **incapacidad permanente** para el ejercicio de la actividad profesional ( L 2/2007 art.14.1 ).
5. La **inhabilitación** para el ejercicio de la actividad profesional, aunque los estatutos sociales prevean que el socio pueda simplemente perder su carácter de profesional y pasar a ser socio no profesional ( L 2/2007 art.14.2 ).

Es evidente que estas causas adolecen de cierta indefinición, por lo que sería aconsejable una regulación más detallada de cada una de ellas en los estatutos sociales, en especial sobre si las causas 2 y 4 requieren o no resolución colegial o dictamen de especialista, respectivamente.

La **resolución de excluir** al socio profesional deberá ser motivada y adoptarse por la junta de socios con una doble mayoría: del capital y de los derechos de voto de los socios profesionales. Desplegará sus efectos desde la notificación al socio excluido ( L 2/2007 art.14.3 ).

#### 432 Por último, se establecen dos **normas comunes** a la separación y exclusión sobre el mantenimiento de la responsabilidad y sobre la valoración de las participaciones sociales.

##### - Mantenimiento de la responsabilidad

La separación o pérdida de la condición de socio no libera del régimen de responsabilidad aplicable a los socios profesionales ( L 2/2007 art.14.4 ). Por tanto, aunque el socio profesional abandone la sociedad, seguirá estando

obligado a hacer frente a las deudas sociales por actos profesionales en las que haya intervenido mientras era socio, en las mismas condiciones que si lo siguiera siendo (nº 449 ).

#### - Valoración de las participaciones sociales

La valoración y el destino de las participaciones sociales en caso de separación o exclusión, así como en caso de transmisión forzosa o *mortis causa* -cuando sea posible-, se llevará a cabo de acuerdo con los **criterios** de valoración o cálculo que, en su caso, se establezcan en los estatutos sociales ( L 2/2007 art.16 ). Según este artículo, los estatutos sociales pueden establecer libremente la fórmula de valoración de las participaciones sociales en estos casos. Esto genera dudas en la doctrina por cuanto esa fórmula pueda implicar apartarse del valor razonable, lo cual parece tener una especial potencialidad dañosa respecto de los terceros, que no han consentido dicha fórmula (García-Valdecasas Butrón y Martínez-Moya Fernández). De hecho, la DGRN es reticente a admitir sistemas de valoración que supongan apartarse del valor razonable ( DGRN Resol 2-11-10 ).

#### - Destino de las participaciones sociales

La **norma general** es que las participaciones sociales correspondientes a los socios que se separan o son excluidos de la SLP sean **amortizadas**. Sin embargo, se admite que puedan adquirirse por otros socios, por la sociedad o por un tercero. Si las adquiere la sociedad, deberán respetarse las normas legales y estatutarias sobre autocartera, y sobre transmisión de participaciones correspondientes a socios profesionales en caso de que sean adquiridas por otro socio o por un tercero ( LSC art.140 a 143 y concordantes; ver nº 428 ).

Recuérdese finalmente que los **conflictos** que surjan en materia de separación, exclusión y valoración de la cuota de liquidación pueden someterse a arbitraje en los estatutos sociales por previsión expresa de la L 2/2007 art.18 (nº 350 ).

#### 433 Otros negocios y derechos sobre las participaciones sociales

A la **copropiedad** y los **derechos reales limitados** sobre las participaciones sociales se les aplica el régimen general de la LSC ( LSC art.126 a 133 ). En caso de derechos reales limitados, dado que la condición de socio corresponde al propietario, será este quien habrá de reunir las condiciones para ser socio profesional, pudiendo el titular del derecho real limitado no serlo.

En caso de **prenda o embargo**, corresponden al socio todos los derechos, salvo disposición estatutaria en contrario. Igualmente, corresponden al socio todos los derechos, salvo el de dividendos, en el supuesto de **usufructo**.

Finalmente, conviene tener en cuenta que los estatutos sociales pueden imponer a los socios la prohibición de realizar actos dispositivos o de constitución de gravámenes sobre las participaciones sociales.

#### 434 Autocartera

Rige también la disciplina general de la LSC, que prohíbe la adquisición originaria y permite la derivativa en ciertos casos, imponiendo la **obligación de enajenar o amortizar** transcurrido un periodo de tiempo ( LSC art.134 a 143 ). Hay dos especialidades:

La **adquisición derivativa** de participaciones propias debida a un supuesto de transmisión forzosa o *mortis causa* debe realizarse con cargo a reservas disponibles o beneficio distribuible ( L 2/2007 art.17 ).

La **reducción del plazo** para llevar a cabo la enajenación o amortización de las acciones a un año ( L 2/2007 art.17.1.e ).

#### Precisiones

En el caso de las SL el plazo es de 3 años ( LSC art.141.1 ).

#### 435 Aumento y reducción de capital

En cambio, sí hay especialidades en la L 2/2007 respecto del aumento y reducción de capital. Cuando el aumento de capital tenga como fin la **promoción profesional**, ya sea para la entrada de un nuevo socio profesional o para aumentar la participación de alguno de los socios existentes, se suspende el **derecho de asunción preferente** a favor del resto de socios, salvo que los estatutos sociales establezcan lo contrario ( L 2/2007 art.17.1.c ).

En estos supuestos podrán crearse las nuevas participaciones sociales por el valor que se estime conveniente. El único límite es que este valor ha de ser igual o superior al valor neto contable de las participaciones sociales preexistentes y, salvo disposición estatutaria en contrario, al **valor nominal**. La doctrina entiende que esta última referencia permite eliminar en los estatutos sociales esta norma legal acerca de la relación entre valor de emisión y el valor nominal, de tal forma que se aplicaría el régimen general de la LSC; pero no establecer un valor de emisión inferior al nominal (García-Valdecasas Butrón; Vega Vega).

En el resto de supuestos de aumento de capital, sí habrá derecho de asunción preferente, que asistirá tanto a socios profesionales como no profesionales, y se les aplicarán las normas generales de la LSC ( LSC art.295 a 316 ).

Sobre la reducción de capital, la única especialidad que establece la L 2/2007 es que podrá tener como fin el **ajuste de la carrera profesional** de los socios, esto es, en los casos en que el socio reduzca o termine su vinculación con la sociedad en supuestos distintos de la exclusión o la transmisión de sus participaciones sociales. Sin embargo, la regulación de esta reducción de capital con finalidad específica se remite por completo a los estatutos sociales ( L 2/2007 art.17.1.d ).

#### 436 Modificaciones estructurales

La L 2/2007 no establece especialidad alguna respecto de las modificaciones estructurales de las sociedades limitadas profesionales, por lo que se aplicaría el régimen de la LME, cuidando siempre de no infringir en ningún momento del proceso las normas propias de las sociedades profesionales.

#### 438 Transformación

La transformación de una sociedad profesional supondría el cambio de su **tipo social** sin perder su condición de profesional. En cambio, la L 2/2007 no considera transformación la asunción por parte de una sociedad de la condición de profesional sin cambiar su tipo social (Vega Vega).

#### 440 Fusión y escisión

En cuanto a la fusión y escisión de sociedades profesionales, debe tenerse en cuenta que la sociedad resultante (o sociedades, en el segundo caso) deberá seguir cumpliendo los requisitos de la L 2/2007 para continuar como sociedad profesional.

#### 442 Cesión global de activo y pasivo

No hay una regulación específica sobre la cesión global de activo y pasivo. Por lo tanto, cabe pensar que no se requerirá que el o los **cesionarios** sean sociedades profesionales y, respecto de la cedente, nada obsta al mantenimiento de su calificación como sociedad profesional si sigue cumpliendo los **requisitos** que resulten de **aplicación**. No obstante, es evidente que si no se dedica el producto de la cesión a la continuación o restablecimiento de su actividad profesional, estará dejando de realizar su objeto social, pudiendo incurrir en la causa de disolución prevista en la LSC art.363.1.a .

#### 444 Disolución y liquidación

Las únicas especialidades que establece la L 2/2007 en esta materia se refieren a las **causas** de disolución, gobernándose su procedimiento, al igual que la liquidación, por el régimen general de la LSC.

Opera como causa legal de disolución, además de las establecidas en la LSC, el incumplimiento sobrevenido de los requisitos de la L 2/2007 aplicables a ( L 2/2007 art.4.5 ):

- las **cuotas** de socios profesionales en el capital;
- los **derechos de voto** (nº 406 );
- la **administración** (nº 408 ); y
- la concurrencia de **causas de inhabilitación o de incompatibilidad**. Este requisito es exigible a todos los profesionales, socios o no, que prestan servicios en el seno de la sociedad, pero su pérdida solo supone causa de disolución cuando afecta a un socio profesional. Sin embargo, en todos estos casos, hay un plazo de 6 meses para regularizar la situación.

Asimismo, la **falta de adecuación de la sociedad** cuyo objeto social es profesional a la L 2/2007 también se reconoce expresamente como causa de disolución según la reciente doctrina administrativa ( DGRN Resol 2-3-17 ; 22-11-17 ).

La apreciación de estas causas, así como el resto del régimen de la disolución, se regirán por la LSC. La doctrina entiende que corresponde a la junta de socios determinar si concurren o no estas causas (Vega Vega).

### E. Gestión del despacho

#### 445 Aspectos deontológicos y colegiales

En esta materia hay que partir del principio, declarado en la Exposición de Motivos de la L 2/2007 , de que la sociedad profesional es un nuevo profesional colegiado. La sociedad profesional está sujeta a los mismos **requisitos de colegiación** que cualquier otro profesional. Por esta razón, para poder someterse a la disciplina colegial pertinente, debe inscribirse en el registro de sociedades profesionales del colegio correspondiente -o los colegios, si son varias las actividades profesionales que ejerce ( L 2/2007 art.8.4 y 6 )-. En este último caso, cada uno ejercerá sus competencias en función de la actividad correspondiente.

En este sentido, no se establece especialidad alguna respecto de las **competencias** colegiales, por lo que debe entenderse que, en principio, se le aplicarán en las mismas **condiciones** que a los profesionales personas físicas. Por tanto, hay que tener en cuenta que a la SLP se le podrán abrir expedientes disciplinarios (o de otro tipo) igual que a cualquier abogado, y que podría ser sancionada en caso de **incumplimiento de deberes** deontológicos imputables a ella.

En todo caso, la aplicación del régimen colegial, disciplinario y deontológico a la sociedad es concurrente con su aplicación a los profesionales, socios o no, que prestan servicios en su seno ( L 2/2007 art.9.1 y 9.2 ).

#### 446 Órganos de gestión

Los órganos de gestión de un despacho colectivo vienen, en primer lugar, determinados por el tipo organizativo elegido. En caso de optarse por una **sociedad capitalista**, estos serán, esencialmente, la junta general y el órgano de administración.

En cuanto a la **junta general de socios**, cabe destacar que sus competencias consisten, entre otras, en decidir sobre la incorporación de nuevos socios, la retribución de prestaciones accesorias, acordar la exclusión de socios, la incorporación de despachos profesionales, la determinación del órgano de administración y nombrar a sus miembros o la modificación de los estatutos sociales.

Por su parte, el **consejo de administración** cuenta entre sus responsabilidades con la obligación de elaborar el presupuesto anual, proponer a la Junta el nombramiento de nuevos socios, formular la propuesta de retribución de las prestaciones accesorias, nombrar consultores, y el resto de cargos dentro del plan de carrera y organizar y dirigir la actividad profesional de la sociedad.

En aquellos casos en que así lo exige la naturaleza del despacho colectivo de que se trate, no es infrecuente que se cree, en el seno del propio Consejo, una **comisión ejecutiva** formada por consejeros. Este órgano, que se reúne con mayor frecuencia que el Consejo, está **encargado** de asuntos muy unidos a la operativa diaria del despacho, incluyendo el seguimiento de nuevos clientes y asuntos, el análisis de la carga de trabajo o la selección, evaluación, asignación y promoción de abogados.

Asimismo, se suelen crear otros **comités internos** asociados a la dirección de práctica profesional, la coordinación de áreas de apoyo (función imprescindible para que se proporcione un servicio con los mayores estándares de calidad) o la promoción y la estrategia de negocio.

#### 447 Áreas de práctica y equipos

Los **despachos** de abogados **multidisciplinares** (las llamadas *full service firms*, por contraposición a las *boutiques* (nº 461 ) suelen estar organizados internamente en torno a distintas **áreas de práctica** (procesal, mercantil, fiscal, laboral, etc.). Son cada una de estas áreas las que se encargan de la formación de los profesionales adscritos a ellas, así como de otros aspectos tales como la gestión del presupuesto o la coordinación de las actividades de promoción.

Cuando el tamaño del despacho así lo requiera, las áreas de práctica pueden estar divididas, a su vez, en diferentes **grupos de coordinación**, como puede ser, M&A, financiación de proyectos, arbitraje, procesal civil, medio ambiente, etc. Cuando los grupos de coordinación son de gran tamaño es posible que sea necesario dividirlos a efectos internos en distintos **equipos** encabezados por uno o más socios.

Por último, no es infrecuente que en despachos globales se creen **equipos** específicos para la prestación de servicios en un **área geográfica** concreta o, incluso, que entre distintos despachos se creen **equipos conjuntos** (comúnmente denominados *task forces*) para responder a necesidades concretas de un determinado cliente o asuntos.

#### 448 Normativa interna del despacho (manual del despacho)

Con el objetivo de lograr el eficiente y correcto funcionamiento de los despachos de abogados, resulta indispensable que estos desarrollen y apliquen su propia normativa interna que comprenda los aspectos que no están regulados en la legislación que les resulte de aplicación. A estos efectos, es aconsejable que los despachos de abogados se doten de su propio «manual» que comprenda las **normas de carácter general** que regulan el funcionamiento del despacho y la relación entre el despacho y sus abogados, tanto si son socios profesionales como abogados no socios.

En cuanto a las normas internas de funcionamiento, entre otras cuestiones y con independencia de las particularidades propias de cada despacho, es conveniente que el «manual del despacho» tenga el siguiente **contenido**:

- las normas relativas a la utilización y el acceso a sus **instalaciones**;
- la regulación de los **procedimientos administrativos** empleados en aspectos tales como la facturación, el reembolso de gastos o la reserva de viajes por cuenta del despacho;
- la política del despacho sobre **comunicación** y relaciones con los medios;
- las **cuestiones deontológicas** que los abogados deben conocer;

- los **planes de desarrollo corporativo**;
- las normas que el **personal de apoyo** del despacho debe respetar; y
- el funcionamiento de los **comités internos** de los que esté dotado el despacho.

En lo que respecta a la **relación** entre el **despacho y sus abogados**, conviene determinar de forma clara cómo será el **desarrollo de la carrera profesional** del abogado y los parámetros que se utilizarán para decidir su promoción y fijar su retribución. En particular, estas **normas** deberán comprender, entre otros aspectos que cada despacho considere necesario regular, los siguientes: el plan de carrera de los abogados (nº 415 ), el sistema de evaluación de su desempeño (nº 626 ), la política de retribución del despacho (con indicación de las modalidades de retribución fija y variable (nº 656 s. ), las normas sobre vacaciones y ausencias, los desplazamientos entre oficinas y los desplazamientos al extranjero, los planes de formación y la actividad docente.

Asimismo, será necesario que el despacho impulse el conocimiento de su normativa interna por sus abogados, para lo cual deberá realizar **sesiones de formación** sobre “el manual del despacho” y sus actualizaciones más relevantes.

#### 449 Deudas sociales y seguro obligatorio

La sociedad responde de todas sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros, según el **principio de responsabilidad patrimonial universal** del CC art.1911 , al que se remite la L 2/2007 art.11.1 .

En cuanto a los socios, por aplicación de la norma propia de la SL, no serán responsables con carácter general de las deudas sociales. Sin embargo, la L 2/2007 establece un régimen muy gravoso que pretende tutelar al acreedor (el cliente) frente a la sociedad por las deudas sociales derivadas de actos profesionales: los profesionales que hayan intervenido en el acto del que se deriven las deudas, sean socios o no, responderán solidariamente con la sociedad ( L 2/2007 art.11.2 ), independientemente de que la responsabilidad sea de **origen contractual o extracontractual**. La doctrina entiende que si la responsabilidad de la sociedad es contractual, la del profesional también lo será por aplicación de este precepto, aunque en puridad no haya contrato entre este y el cliente (Lázaro Sánchez).

La pérdida de la condición de socio no libera a este de la responsabilidad que le pudiera corresponder por **actos profesionales** ( L 2/2007 art.14.4 ). En cambio, no se dice nada del profesional no socio que deja de prestar sus servicios en el seno de la sociedad por el asesoramiento prestado mientras estaba vinculado a esta. Sin embargo, dado que está sujeto al mismo régimen de responsabilidad que los socios profesionales (debido a su condición de profesional) y la responsabilidad ya ha nacido cuando deja de estar vinculado a la SLP, podría aplicarse la misma **regla**, sin perjuicio de la posible prescripción.

450

	Responsabilidad por deudas sociales			
	SLP	Socios profesionales	Otros profesionales	Socios no profesionales
Derivadas de actos profesionales	Responsabilidad patrimonial universal	Los que hayan intervenido	Los que hayan intervenido	No
Resto de deudas		No	No	No

Hay que tener en cuenta que este régimen de responsabilidad se extiende, por aplicación de la L 2/2007 disp.adic.2ª , a todo supuesto de ejercicio en común de actividad profesional, sea o no bajo la forma de sociedad profesional, e incluso aunque no sea en **forma societaria** (nº 316 ).

Finalmente, la L 2/2007 establece la obligación de que la sociedad profesional suscriba un seguro (de responsabilidad civil, se entiende) que cubra la responsabilidad en que pueda incurrir en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto social ( L 2/2007 art.11.3 ). Sin embargo, no se hace ninguna otra mención, por lo que detalles como la **suma asegurada** se dejan al arbitrio de cada sociedad profesional, sin perjuicio del ulterior establecimiento de **normas deontológicas** o reglamentarias en la materia.

## F. Entorno actual de los despachos colectivos

#### 460 Modelo de negocio: estrategia y posicionamiento

Desde mediados del siglo XX ha ido popularizándose paulatinamente en España la forma colectiva de ejercicio de la abogacía por influencia inequívoca de la práctica anglosajona. Esta forma de ejercicio, más allá de sus propias reglas y particularidades a las que se han hecho referencia en la sección anterior, presenta también importantes **retos** desde un punto de vista de desarrollo de negocio y posicionamiento. El cliente ha de ser capaz de valorar esta forma de ejercicio como un factor diferencial, a la vez que las firmas han de ser capaces de presentarse al mercado con una identidad y particularidades propias que lea hagan reconocibles. Esto se trata de alcanzar a través de modelos de organización y crecimiento adaptados a la estrategia de cada despacho, estructuras de tarificación o, más recientemente, el uso de las nuevas tecnologías de la información.



#### 461 Clasificación de despachos

Los despachos de abogados colectivos pueden ser clasificados según su grado de especialización, implantación geográfica y tipo de asuntos.

Según su **grado de especialización** los despachos pueden clasificarse como *boutiques* o firmas multidisciplinarias. Las «**boutiques**» son despachos especializados exclusivamente en una o eventualmente varias áreas de práctica (p.e. Derecho de familia, Derecho marítimo, Derecho penal, etc.), residiendo en esta característica su principal ventaja. En consecuencia, el éxito de su modelo de negocio depende, en gran medida, de su capacidad de posicionarse como expertos en un área o sector concreto. Como contrapartida a esta ventaja, este tipo de firmas puede tener una fuerte dependencia de las tendencias de la economía. Por su parte, los **despachos multidisciplinarios** son aquellos que abarcan una amplia variedad de áreas entre su oferta de servicios. Su principal ventaja es la diversificación, que afecta tanto a las áreas de práctica, como a los clientes a los que asesora el despacho y a los mercados en los que opera. La capacidad de ofrecer a un mismo cliente un servicio integral es el factor diferencial de este tipo de firmas.

#### 462 Desde la perspectiva de su **implantación geográfica** las firmas de abogados pueden considerarse locales (o nacionales), regionales y globales.

Son **firmas locales** aquellas que prestan servicios en su jurisdicción de origen (p.e. España) o en un área concreta dentro de ella. Su asesoramiento suele centrarse en cuestiones relacionadas con el Derecho doméstico, aunque cada vez es más común que firmas con un grado de implantación eminentemente local acompañen a los clientes de su jurisdicción en asuntos en el extranjero. Este último tipo de servicios suele ser prestado a través de alianzas con despachos de las jurisdicciones de destino.

Las **firmas regionales o globales** tienen en común la aspiración de ofrecer un servicio integral asesorando en Derecho local en distintas jurisdicciones, siendo la principal diferencia entre ambas su alcance geográfico. Así, los despachos regionales son aquellos que aspiran a prestar asesoramiento en varias jurisdicciones que comparten unas mismas características económicas, culturales o de negocio (p.e. Iberoamérica) a fin de ofrecer un servicio adaptado a las necesidades del tráfico dentro de ella.

Por su parte, las **firmas** clasificadas como **globales** siguen el modelo tradicionalmente denominado como *one stop shop*, según el cual la firma aspira a ofrecer un servicio integral asesorando en Derecho local en el mayor número posible de jurisdicciones. Además de las evidentes ventajas de un modelo de negocio de este tipo, las firmas internacionales deben hallar respuesta a otros retos como lo son el mantener la calidad y cohesión interna o gestionar los diferentes precios o rentabilidades.

#### 463 En último término, también es posible clasificar los despachos según el **tipo de asuntos** en los que asesoran. De esta forma, puede hablarse, en función de la mayor o menor complejidad de los asuntos en los que asesoran, de despachos de volumen y despachos de valor. Los despachos de volumen son despachos que tienden a prestar servicios más estandarizados, a precios inferiores a los ofertados por los despachos de valor. Como consecuencia de sus tarifas, estos despachos precisan captar un gran número de clientes para mantener la rentabilidad de su estructura. Al contrario, los despachos de valor son aquellos especializados en asuntos complejos y novedosos que son exigentes en volumen de recursos y en tiempo de respuesta, compitiendo sobre la base de la calidad de sus servicios y la originalidad de sus soluciones.

Las anteriores clasificaciones de despachos se pueden resumir como sigue:

Criterio	Tipos de despachos
Especialización	<ul style="list-style-type: none"><li>• <i>Boutique</i></li><li>• Firma multicliplinar (<i>full service firm</i>)</li></ul>
Implantación geográfica	<ul style="list-style-type: none"><li>• Despachos locales</li><li>• Despachos regionales</li><li>• Despachos globales</li></ul>
Tipo de asuntos	<ul style="list-style-type: none"><li>• Despachos de volumen</li><li>• Despachos de valor</li></ul>

#### 464 El uso eficiente de las nuevas tecnologías

En los últimos años, la presencia de las nuevas tecnologías en todos los sectores de la economía ha aumentado exponencialmente. El ejercicio de la abogacía no ha sido ajeno a esta progresiva digitalización tampoco, siendo un elemento esencial las **herramientas de gestión del conocimiento**.

Las bases de datos, los sistemas informatizados de gestión de asuntos, el empleo creciente de los sistemas de videoconferencia o multi-llamada o la posibilidad de trabajar remotamente sin necesidad de presencia física en la oficina han dejado de ser un elemento diferenciador para convertirse en **factores imprescindibles** para una prestación adecuada del servicio, así como una correcta gestión del talento.

Mención especial merece, asimismo, la incipiente aplicación de **técnicas de inteligencia artificial** como herramientas que asistan a los abogados en el desarrollo de aquellas tareas con un menor valor añadido o un carácter más repetitivo. Si bien se trata de un campo en su mayor parte aún por desarrollar, ya se están empleando en la actualidad plataformas de inteligencia artificial dedicadas a la revisión y al análisis de grandes volúmenes de documentación (muy habituales en operaciones de fusiones y adquisiciones o en litigios y arbitrajes) que permiten incrementar la eficiencia en esas tareas y, lo que es más importante, permitir que los abogados se centren en funciones más creativas e intelectualmente exigentes. Adicionalmente, este tipo de herramientas también puede ser empleado en la gestión del conocimiento de los despachos de abogados (archivo y clasificación de precedentes, identificación de nuevas tendencias, etc.).

## G. Particularidades en la gestión de encargos profesionales en un despacho colectivo

### 465 Origen del encargo profesional: captación del cliente

La **captación del cliente** constituye uno de los ejes fundamentales del ejercicio y, en la práctica, constituye su origen.

En este aspecto intervienen **factores** de muy distinta naturaleza, tales como la experiencia previa con el abogado en cuestión, las referencias obtenidas de otros participantes en un sector de la actividad económica o su reputación en términos más generales).

En esta sección abordaremos varios de los temas que revisten una mayor importancia en la gestión de clientes y asuntos en un despacho colectivo:

- conflictos de interés;
- la prevención del blanqueo de capitales; y
- los sistemas de minutación.

### 466 Gestión de conflictos de intereses

Los conflictos a los que se enfrenta un despacho de abogados en la práctica profesional pueden ser de dos **clases**:

- conflictos deontológicos; y
- conflictos negociales.

#### 466.1 Conflictos deontológicos

En la práctica profesional de los despachos de abogados se debe prestar especial atención a los conflictos que pueden derivarse de la aplicación de las normas deontológicas, esto es, del CDA, del EGAE y del CDAUE. En particular, en virtud de estas normas se establece la **prohibición** de que un abogado actúe en representación de dos clientes con intereses contrapuestos.

Sin embargo, resulta conveniente aclarar que la **infracción de la prohibición** anterior no supone única y exclusivamente un incumplimiento de las normas deontológicas de la abogacía, sino que también puede dar lugar a la comisión de un **delito de deslealtad profesional o de prevaricación** de abogado, tal y dispone el CP art.467.1 . En cualquier caso, existe o puede existir un conflicto de interés de carácter deontológico en las siguientes **situaciones**: en primer lugar, cuando la aceptación de un nuevo encargo profesional puede producir la intervención del mismo despacho en un mismo asunto, representando a clientes con intereses contrapuestos.

Existen algunos **ejemplos paradigmáticos** de conflictos deontológicos de este naturaleza, tales como la defensa del demandante y del demandado en un mismo litigio, el asesoramiento al comprador y al vendedor en la misma operación de compraventa o la representación del concursado y de sus acreedores en idéntico procedimiento concursal.

Asimismo, también se pueden producir conflictos deontológicos cuando la **representación** por el despacho de un nuevo cliente, o de un cliente ya existente en un nuevo asunto, **se vea limitada** por los deberes del despacho respecto de otro cliente o de un tercero o por circunstancias relativas al propio despacho.

Este último tipo de conflictos tendrían lugar, entre otras situaciones, cuando el despacho representa a un cliente en un litigio frente a otro cliente del despacho que no está representado en ese litigio por dicho despacho, o cuando se representa a un cliente (Cliente A) en un asunto no litigioso en el que otro cliente (Cliente B) tenga intereses contrapuestos a los del Cliente A y ello suponga incumplir los deberes del despacho frente al Cliente B.

Ante la existencia de un conflicto de interés de naturaleza deontológica, el despacho de abogados tendrá el **deber de rechazarlo** inmediatamente.

No obstante, existen **medidas** cuya aplicación permitiría, desde un punto de vista deontológico, la **aceptación** del nuevo encargo profesional, a pesar de haberse detectado un conflicto deontológico. Estas medidas son:

- la solicitud y la subsiguiente obtención, en su caso, del **consentimiento** de los clientes afectados; y

- el establecimiento de **barreras éticas** (las denominadas *murallas chinas*) que impidan la comunicación y el intercambio de comunicación entre los equipos que estén asesorando o representando a los clientes afectados por el conflicto de interés.

#### 467 Conflictos negociales

Asimismo, los despachos de abogados deben realizar sus mejores esfuerzos para evitar que se incurra en conflictos negociales, que se producen cuando la **aceptación** de un nuevo **encargo profesional** no genera conflictos deontológicos, pero, sin embargo, puede resultar contraria a las políticas de aceptación de clientes y de asuntos que el despacho tenga establecidas o, en general, a las expectativas de negocio del despacho.

Por sus características, este tipo de conflictos adquieren **especial relevancia** en despachos con un número elevado de abogados.

Este tipo de conflictos de interés podría darse en aquellos casos en los que el conflicto comercial surge de la expectativa del despacho de captar como clientes a entidades distintas a las que se refiere el encargo sobre el que se plantea el conflicto, como, por ejemplo, un encargo profesional conflictivo de una asociación de concesionarios de coches frente a los fabricantes de automóviles o de uno o varios clientes de productos financieros complejos frente a las entidades financieras que los comercializaron.

#### 468 Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

La legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo -contenida, principalmente, en la L 10/2010, así como en su reglamento de desarrollo, el RD 304/2014 - impone **deberes específicos** a un número de operadores jurídico económicos, entre los que se encuentran los abogados.

A modo preliminar, conviene realizar una aproximación a los conceptos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. Así, a los efectos de la aplicación de la normativa objeto de análisis, las siguientes actividades serán consideradas como **blanqueo de capitales**:

- a) La **conversión o transferencia de bienes**, a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- b) La **ocultación** o el **encubrimiento** de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- c) La **adquisición, posesión o utilización de bienes**, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- d) La **participación** en alguna de las actividades mencionadas en los apartados anteriores, la **asociación** para cometer este tipo de actos, las **tentativas** de perpetrarlas y el hecho de **ayudar, instigar o aconsejar** a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

Existe blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes.

A estos efectos se entenderá por **bienes procedentes de una actividad delictiva** todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes se hubieran desarrollado **en el territorio de otro Estado**.

Por su parte, se entenderá por **financiación del terrorismo** el suministro, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal. Se considerará que existe financiación del terrorismo aun cuando el suministro o la recogida de fondos o bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado.

El legislador entiende que los abogados se hallan en una **posición de particular riesgo** respecto de las vías de acceso de los capitales a los circuitos legales. Así, entre las **obligaciones** que se les impone destaca la de aprobar un **manual interno** en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno a que se refieren los apartados anteriores. Este manual estará a disposición del SEPBLAC para su revisión análisis, a consecuencia de lo cual podrá instar la adopción de medidas correctoras.

Asimismo, los abogados están obligados a **recabar información** del cliente, realizar un examen especial en supuestos en los que las actividades hagan razonablemente temer que puede existir un posible delito de blanqueo y, en el supuesto en el que esta sospecha sea fundada, comunicar al SEPBLAC esta circunstancia.

En esta categoría de obligaciones destaca particularmente, la obligación de **identificar** a lo que la L 10/2010 denomina como el «**titular real**».

Las obligaciones impuestas sobre el colectivo de la abogacía han sido objeto de una extensa **polémica**, por la patente dicotomía que existe entre el privilegio del secreto profesional y la delación que se impone como norma en esta materia. En todo caso, la normativa ha obligado a los despachos a implantar sistemas específicos para dar cumplimiento a estas exigencias evitando, entre otras, las importantes sanciones existentes en caso de infracción, tanto de naturaleza administrativa como penal.

#### Precisiones

De conformidad con lo previsto en la L 10/2010 y en el RD 304/2014 , se entiende por **titular real**, en términos resumidos, a la persona o personas físicas:

- por cuya cuenta se pretenda establecer una **relación de negocios** o intervenir en cualesquiera operaciones;
- que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un **porcentaje** superior al 25% del **capital** o de los **derechos de voto** de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica; o
- que sean titulares o ejerzan el **control** del 25% o más de los **bienes** de un instrumento o persona jurídicos que administre o distribuya fondos.

#### 469 Presupuesto de honorarios: sistemas de determinación de honorarios profesionales. «Alternative billing systems»

Los despachos de abogados emplean diversos sistemas para determinar los honorarios profesionales que se imputan a cada asunto. Algunos de los más relevantes son los siguientes:

a) **Iguales**. Este mecanismo se utiliza para determinar los servicios profesionales que serán objeto de la prestación de servicios y se establece una cantidad que será facturada con la periodicidad acordada (mensual, trimestral, anual, etc.).

Asimismo, el sistema de iguala admite dos **variaciones**:

- iguala con un **número mínimo de horas** por cada periodo de facturación. Si no se alcanza el mínimo de horas, se factura un importe inferior para el periodo de que se trate; o
- iguala con un **número máximo de horas** por cada periodo de facturación. Si se alcanza el número máximo, se factura un importe adicional.

b) **Presupuestos**. No es infrecuente que el cliente solicite con carácter previo a formalizar un encargo profesional que se confeccionen presupuestos estimativos de honorarios por medio de los cuales se acuerden los honorarios que serán facturados por el asunto de que se trate. En particular, existen dos **modalidades** de presupuestos:

- presupuestos **abiertos**: los cuales admiten variaciones respecto del presupuesto inicialmente acordado con el cliente, por diversos motivos, entre otros, porque se hayan dedicado al asunto más o menos horas de las inicialmente estimadas o porque su complejidad sea diferente a la prevista;
- presupuestos **cerrados**: estos presupuestos son por un importe fijo que no admite variaciones al alza, y ello con independencia de que la complejidad del asunto sea diferente a la prevista inicialmente o de que el número de horas imputadas por los abogados que trabajaron en el asunto sea superior o inferior al estimado.

c) **Horas facturables**. Bajo esta modalidad, los honorarios se facturan sobre la base de las horas trabajadas por sus abogados, a cuyos efectos estos registran el tiempo de trabajo dedicado a cada asunto. En este sentido, para la determinación de los honorarios profesionales se imputa a cada hora trabajada por un abogado concreto un «valor» monetario que se corresponde con la cualificación y experiencia del abogado de que se trate.

Asimismo, los despachos suelen combinar los sistemas de determinación de honorarios profesionales indicados en los apartados anteriores con los siguientes conceptos:

- « **Success fee** » o **prima de éxito**. Consiste en que el despacho acuerde con el cliente que este último facturará al cliente un importe adicional como consecuencia, en su caso, del éxito de la operación o del litigio respecto del que le solicite su asesoramiento;
- « **Abort fee** ». De acuerdo con este concepto, si la operación o el litigio fracasa, el despacho concederá un descuento al cliente, por ejemplo, en la forma de un porcentaje de descuento sobre los honorarios finales o con la utilización de una tarifa horaria reducida (*blended rate*) para la determinación de los honorarios profesionales.

#### 470 Hoja de encargo

Una vez **captado el cliente**, determinada la inexistencia de conflictos de interés, cumplido con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y convenido con el cliente el presupuesto (o, quizá, de modo concurrente con esto último), se acuerda con el cliente la hoja de encargo (nº 893 s. ) (conocida también por la expresión anglosajona *engagement letter*).

Este es el documento en el que se **regula** la relación con el cliente, estableciendo las condiciones esenciales sobre la base de las cuales se prestará el servicio. Esto abarca tanto los elementos económicos relativos al sistema de tarificación y al régimen de facturación, como aquellos relacionados con la naturaleza del servicio que va a prestarse.

La **suscripción** de la hoja de encargo reviste una excepcional importancia ya que, si cliente no atendiese la minuta e impugnase su cuantía en el procedimiento de jura de cuentas, en ausencia de presupuesto previo acordado entre abogado y cliente, la **reclamación** debería ventilarse directamente según las reglas aplicables a la tasación de costas. Esto implica que los honorarios minutados por el abogado serían objeto de informe por parte del colegio de abogados competente dirigido al órgano judicial ante el que se sustancie el correspondiente procedimiento.

#### 471 Minutación de los servicios prestados

La **minuta** (nº 890 s. ) es el nombre que recibe el documento emitido por el abogado en el cual se detalla el importe a satisfacer por el cliente por los servicios prestados. En ella, es recomendable que se realice no solo una mención a la cantidad debida sino que también se detalle el tipo de asesoramiento en la cual esta trae causa.

A estos efectos, es importante tener en cuenta que el **procedimiento de jura de cuentas** para la reclamación de honorarios debidos exige como presupuesto que el abogado «presente minuta detallada» ( LEC art.35.1 ).

#### 472 Responsabilidad por actos profesionales

La SLP prestará los servicios profesionales siempre por medio de **profesionales colegiados**, socios o no ( L 2/2007 art.5.1 ). Ninguna norma exige que los socios deban ser personas físicas y, de hecho, se admite expresamente el socio profesional persona jurídica ( L 2/2007 art.4.1.b ). En todo caso, todos los profesionales de que se vale la sociedad, sean o no socios y sean personas físicas o jurídicas, deberán estar colegiados ( LSP art. 5.1 ) y cumplir las condiciones establecidas para el ejercicio de su profesión. En particular, **estarán sujetos** al régimen deontológico y disciplinario de la profesión de que se trate ( L 2/2007 art.9.1 ), sin poder alegar el ejercicio a través de la sociedad para eludir su responsabilidad, sin perjuicio de que esta también está sujeta, como profesional colegiado, al mismo régimen deontológico y disciplinario ( L 2/2007 art.9.2 ).

Por último, y como consecuencia del principio *intuitu personae* inherente a toda prestación de servicios profesionales, el cliente podrá exigir de la SLP que le facilite los **datos identificativos de los profesionales** que hayan de intervenir en la prestación de los servicios que ha encomendado ( L 2/2007 art.9.4 ). Dichos datos incluyen nombre, título, colegio al que pertenece, y si dicha persona reviste o no la condición de socio.

Al margen de este supuesto, no establece la L 2/2007 obligación alguna de que el profesional que además es socio se identifique como tal. No obstante, hacerlo así cuando se trata con clientes o en otro tipo de comunicaciones es práctica común en la mayoría de los despachos. Otros, por el contrario, optan por no subrayar el rango o los cargos de cada profesional y los identifican a todos simplemente como abogados.

#### 473 Solicitudes de información recibidas de las firmas de auditoría

Con frecuencia, en el marco de la revisión de los estados financieros de los clientes, los despachos de abogados reciben de los auditores de cuentas de sus clientes solicitudes de información, generalmente sobre **asuntos litigiosos** encargados al despacho por el cliente del que se trate y sobre los honorarios profesionales adeudados por dicho cliente.

Inicialmente, los despachos de abogados no atendían estas solicitudes de información. Sin embargo, recientemente se ha ido imponiendo entre los abogados y despachos en España la costumbre de responder a las peticiones de información, mediante la remisión de una carta dirigida a los auditores de cuentas (las denominadas «**cartas a auditores**»). En relación con estas cartas deben realizar algunas **matizaciones**:

1. Dado que el auditor de cuentas es un tercero ajeno a la relación profesional entre el despacho y el cliente respecto del que se solicita información, estas cartas de respuesta **deben respetar** en todo caso los estrictos límites que impone el **deber de secreto profesional**, cuyo incumplimiento puede acarrear, entre otras, importantes consecuencias disciplinarias.

Debe tenerse en cuenta que el secreto profesional del abogado no es dispensable por el cliente, puesto que su consentimiento por sí solo no excusa al abogado de su preservación ( CDA art.5.8 ). En este sentido, las solicitudes de información de los clientes (generalmente preparadas por los auditores) en las que se indique que los clientes liberan al despacho del secreto profesional en relación con la información solicitada, no responden a la configuración y alcance del secreto profesional, el cual es tanto un deber como un derecho de los abogados.

2. Adicionalmente, las cartas que se remitan a los auditores de cuentas deberán restringir su **contenido** a extremos puramente objetivos y fácticos, debiendo evitarse cualquier información sensible de la perspectiva del derecho de defensa del cliente respecto del que se hubiese formulado la petición de información.

3. Resulta relevante aclarar que las cartas a auditores deben ser **completas y exhaustivas**, puesto que si una de estas cartas contiene información defectuosa u omisiones relevantes se puede derivar responsabilidad del despacho emisor, frente al auditor de cuentas, al cliente respecto del que se formuló la petición de información o un tercero.

## Bibliografía

- Broseta Pont, M., Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil* (19ª ed.) Volumen I. Tecnos, Madrid, 2012.
- Campins Vargas, A. *La sociedad profesional*, Civitas, Madrid, 2000.
- Campos Ferreira, F., *Da defesa do "lockstep"*, en Associação das sociedades de advogados de Portugal, *Contributos para as Sociedades de Advogados*, Almedina, 2010.
- De Carlos Bertrán, L., *Los grandes retos de los despachos de abogados colectivos en España*, en Gisbert Pomata, M., Serrano Molina, A., Carretero González, C., De Montalvo Jääskeläinen, F., *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- García Valdecasas Butrón, J. A., *Sobre la Ley de Sociedades Profesionales. Aspectos prácticos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- Lázaro Sánchez, E. M., "Cap. VIII: Régimen de responsabilidad en la sociedad profesional", en Sánchez Ruiz, M. (Coord.), *Las sociedades profesionales. Estudios sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- Maister, D. H., *True Professionalism. The courage to care about your people, your clients, and your career*, Free Press (Simon and Schuster), Nueva York, 2000.
- Martínez-Moya Fernández, M., "Cap. IV: La transmisión de la condición de socio profesional", en Sánchez Ruiz, M. (Coord.), *Las sociedades profesionales. Estudios sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- McEwen, B., "Optimal Partner Compensation" Revisited: Fundamental Fairness. Adam Smith Esq. ([http://www.adamsmithesq.com/2005/12/optimal\\_partner/](http://www.adamsmithesq.com/2005/12/optimal_partner/)).
- Romero Fernández, J. A., *Las sociedades profesionales de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Rojo, A., "El empresario (I): Concepto, clases y responsabilidad", en Uría, R., Menéndez, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil* (2ª ed.), Tomo I. Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- Rojo, A., "Lección 2: el empresario", en Menéndez, A., Rojo, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil* (8ª ed.) Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 64-65.
- Sánchez Calero, F., *Principios de Derecho Mercantil*. 15ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- Vega Vega, J. A., *Sociedades Profesionales de Capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- Verdú Cañete, M. J., "Cap. III: Posición Jurídica de Socio en Sociedades Profesionales", en Sánchez Ruiz, M. (Coord.), *Las sociedades profesionales. Estudios sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- Wesemann, E., Jarrett-Kerr, N., *The Edge International 2012 global partner compensation survey*, Edge International, 2012.

### CAPÍTULO 4

# Aspectos organizativos y laborales del ejercicio de la abogacía

480	<b>A. Organización</b> <b>B. Áreas de práctica</b> <b>C. Equipo</b> <b>D. Carrera profesional en despachos de abogados</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Relevancia de la carrera profesional</li> <li>b. Etapas de la carrera profesional en los despachos</li> <li>c. Carreras alternativas: <i>paralegals</i> y <i>professional support lawyer</i></li> </ul>	482 498 504 514 514 522 534
-----	---	---

<b>E. Proceso de selección</b>	538
a. Diversidad e integración	538
b. Selección de abogados sin experiencia	540
<b>F. Programas de prácticas</b>	554
<b>G. Regulación de la prestación de servicios del abogado en el despacho</b>	564
1. Relación laboral especial de los abogados	566
2. Régimen jurídico de la relación laboral especial	574
<b>H. Extinción de la relación laboral</b>	596
1. Extinción del contrato por voluntad del abogado	598
2. Extinción del contrato por voluntad del titular del despacho	604
<b>I. Importancia de la gestión del talento. Tutorías. Evaluación del desempeño</b>	622
<b>J. Compensación</b>	650
<b>K. Gestión de equipos</b>	678
<b>L. Gestión de clientes</b>	698
<b>M. Gestión financiera individual</b>	704
<b>N. Gestión del conocimiento</b>	710
<b>Ñ. Plan de carrera</b>	720

## A. Organización

482 En este capítulo vamos a referirnos dentro del amplio **sector de la abogacía** en España, a los despachos colectivos de abogados dedicados, principalmente, al Derecho de empresa.

Este sector aglutina a los mayores despachos -en volumen de negocios- que operan en España (más de 50 firmas de abogados), con una facturación conjunta de cerca de 1.900 millones de euros en nuestro país y que emplean a más de 9.600 abogados (ver **ránking de despachos** publicado por Expansión).

484 **De despachos profesionales a empresas de servicios jurídicos**

Aunque existen ciertas diferencias en los **modelos de negocio y de gestión**, con carácter general, estos despachos han evolucionado de un modelo de despacho tradicional a estructuras más complejas y profesionales, asemejándose al de otras firmas de servicios profesionales. El sector legal está en continua evolución y adaptación, en palabras de Richard Susskind «*Over the next two decades, the way in which lawyers work will change radically. Entirely new ways of delivering legal services will emerge, new providers will enter the market, and the workings of our courts will be transformed. Unless they adapt, many traditional legal businesses will fail*».

486 **Estructura interna de dirección**

Sin entrar en el análisis de la forma jurídica que adoptan los despachos (si bien en su mayoría eligen la de sociedad limitada profesional), con carácter general, el órgano supremo de deliberación y decisión de los despachos colectivos es la **junta general de socios** y la gestión, administración y dirección del despacho se realiza por un **órgano de administración** que ostenta las facultades que se le atribuyan por la Ley que resulte de aplicación y los estatutos correspondientes (nº 300).

488 La tendencia actual es la de una **junta o comité de socios** presidido por un *senior partner* o *chair* y un órgano de administración con uno o dos *managing partners* o CEOs (con funciones similares a las de un consejero delegado). Esta posición, en especial en los despachos internacionales, suele ser rotatoria entre los socios (ver artículo de *lawyer press*, [http://www.lawyerpress.com/news/2015\\_09/0209\\_15\\_007.html](http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0209_15_007.html)).

Los despachos con **varias oficinas**, cuentan con un socio-director en cada una de ellas que coordina al resto de socios de su oficina y gestiona la cuenta de resultados de la misma.

490 **Dirección del negocio**

En cuanto al negocio en sí, es decir el **asesoramiento jurídico** a clientes, se estructura por áreas de práctica y sectores de actividad, siguiendo un modelo matricial. Los abogados se agrupan en **áreas de práctica** tales como mercantil, fiscal, laboral, etc. y, al mismo tiempo, se forman grupos horizontales (es decir, que agrupan a abogados mercantilistas, fiscalistas, laboralistas, etc.) con experiencia en asesorar a clientes pertenecientes a ciertos sectores (farmacéutico, inmobiliario, seguros, etc.). No obstante, «el asesoramiento legal está cambiando y no tiene sentido mantener las prácticas del Derecho, como mercantil, laboral o fiscal, de forma aislada e independiente. Surgen nuevas áreas, como el **cumplimiento normativo o compliance**, en las que se deben implicar varios departamentos. Además,

los sectores son cada vez más transversales. Seguirán siendo muy activos, por ejemplo, financiero, inmobiliario, tecnología, energía o alimentación y turismo, entre otros. Sin embargo, surgen otros nuevos, como la **economía colaborativa**, que exige tener expertos en este campo, pero que a su vez sean especialistas en alguno de los otros sectores, ya que la frontera entre unos y otros no está definida. Este nuevo escenario empresarial y económico obliga a las firmas a innovar también en su gestión. Los bufetes con una organización tradicional tienen un problema» (ver declaraciones de Rafael Fontana, presidente de Cuatrecasas, 6 abril 2016, en Expansión <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/04/06/57053ab8e2704eca3c8b45e9.html>).

Esta organización responde a la **necesidad de especialización** de los abogados de empresa. Los clientes demandan además del dominio de la materia del Derecho en el que precisa asesoramiento, que sus abogados conozcan su sector, su regulación, sus proveedores, sus procesos, sus necesidades, sus clientes, y que les asesoren sobre soluciones ajustadas a sus necesidades y a los intereses de su negocio.

#### 492 Visión, misión y valores

La **misión** de una firma es su razón de ser. Su **visión**, lo que quiere llegar a ser, que realiza mediante una declaración de hacia dónde se dirige como empresa o en qué pretende convertirse en el largo plazo. Permite enfocar los esfuerzos y objetivos de todos sus miembros en una misma dirección, fijando las bases de la cultura y formulando estrategias que le permitan alcanzar su visión.

En las firmas de servicios profesionales la definición y claridad de su visión y sus **valores** es básica para que sus socios y el resto de sus profesionales los conozcan y estén alineados con ellos y comprometidos con ellos. Además les permite distinguirse dentro del mercado legal.

A título de **ejemplo**:

- la visión de Garrigues: «*is an international legal and tax services firm that provides business law advice on the main economic scenarios of the global marketplace*» (Fuente web Garrigues: [http://www.garrigues.com/en\\_GB/firm/about-garrigues](http://www.garrigues.com/en_GB/firm/about-garrigues));

- los valores de Hogan Lovells: «*clients come first; excellence in all we do; one team worldwide; commitment to our firms success; good citizenship*» (Fuente web Hogan Lovells <http://www.hoganlovells.com/ourvalues/>).

#### 496 Políticas internas

El despacho ha de contar para su **buen funcionamiento** con una serie de **manuales** de procedimientos y buenas prácticas que denominamos con carácter general «políticas internas».

La mayoría de los despachos cuentan con políticas internas que hacen referencia, entre otras, a las siguientes cuestiones:

- a) **Clientes**: confidencialidad; manuales de la práctica profesional; medidas de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; conflictos de interés; apertura de clientes y asuntos; modelos de propuestas de honorarios; condiciones generales de contratación; protección de datos de carácter personal.
- b) **Políticas de gestión del riesgo**: profesional, estratégico, operacional, financiero, desarrollo de negocio, recursos humanos, tecnologías, seguros.
- c) **Formatos**: gestión del conocimiento, guía de formatos, guías de estilo y plantillas.
- d) **Emergencia**: normas de archivo electrónico y en papel, planes de recuperación (*disaster recovery plan*, DRP).
- e) **Proveedores y gastos**: - políticas de compras, selección de proveedores y gastos; - políticas de viajes.
- f) **RRHH**: - políticas de selección, contratación, promoción, remuneración; - planes de igualdad y protocolos contra el acoso; - políticas de diversidad e integración; - programas de flexibilidad y *agile working*; - normas de seguridad y salud en el trabajo.

La existencia, el respeto y el cumplimiento de las **políticas internas** demuestran el grado de madurez, seriedad y profesionalidad de una organización.

## B. Áreas de práctica

498 Los despachos en general presentan sus **equipos agrupados** en áreas de especialización y sectores industriales. Asimismo, muchos despachos nacionales suelen contar con **abogados especializados** en diferentes materias que dominan un idioma y tienen formación en Derecho internacional o en el Derecho de ciertos países y se centran en el asesoramiento a clientes en esos idiomas o en determinadas zonas geográficas o jurisdicciones. Estos grupos suelen llevar el nombre de *desks* -p.e. *German desk*; *French desk*; *African desk*, *China desk*, etc.-. Tal es el caso de despachos como Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Garrigues o Gómez-Acebo y Pombo (véase [http://www.cuatrecasas.com/es/areas\\_de\\_practica/african\\_desk.html](http://www.cuatrecasas.com/es/areas_de_practica/african_desk.html) Fuente web Cuatrecass, Gonçalves Pereira o <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/areas/french-desk> - Fuente web Gómez-Acebo y Pombo).



## 500 Áreas del Derecho

La práctica profesional se organiza por áreas del Derecho en las que se integran abogados con formación especializada y con experiencia contrastada en esa determinada materia. La **tendencia actual** en el mercado español es la «**atomización**». Contar con abogados especializados no solo en una determinada área del Derecho, como puede ser el Derecho mercantil o el Derecho contencioso, sino segmentar cada vez más sus equipos, siguiendo el ejemplo de las firmas anglosajonas. De esta manera pueden ofrecer a sus clientes un asesoramiento altamente especializado.

En esta línea, los despachos ya no solo cuentan con lo que podríamos llamar, pongamos por caso, el **área de Derecho mercantil**, sino que presentan sus servicios de una manera más segmentada. Así por ejemplo, la materia de Derecho mercantil se presenta dividida en departamentos autónomos con abogados especializados exclusivamente en ámbitos como «fusiones y adquisiciones», «mercado de valores», «societario» o «contratación mercantil».

## 502 Sectores industriales

Los clientes demandan, además de la **excelencia jurídica**, el conocimiento de su propio negocio. Por este motivo, muchos despachos ofrecen a sus clientes, abogados especializados en distintas áreas del Derecho y con experiencia y conocimientos específicos en sus sectores de actividad o industriales. Aquí la gama es muy amplia, encontramos equipos de abogados especializados en sectores como aéreo, marítimo, seguros, farmacéutico, energía, urbanismo, etc.

## C. Equipo

504 Los despachos de abogados, a diferencia de otras empresas, **no siguen** exactamente la **organización clásica piramidal** por áreas funcionales: marketing, producción, finanzas y recursos humanos reportando todas las áreas a la dirección.

Los despachos, al igual que otras empresas de servicios profesionales, organizan su **equipo humano** en dos grandes grupos: los abogados (negocio) y los no abogados (equipos de apoyo al negocio, gestión y administración).

Los **abogados** son los encargados de prestar asesoramiento jurídico a los clientes del despacho. En este sentido, podríamos considerar que todos los abogados formarían el área «de producción». El equipo de los «**no abogados**» (personal de apoyo) están organizados por departamentos y reportan a la dirección del despacho.

## 506 Abogados y otros profesionales

Los abogados tienen una **carrera profesional** dirigida a alcanzar la condición de socio de la firma. Los abogados reportan a los socios responsables de sus áreas de práctica.

En este colectivo, denominado originariamente en Reino Unido como *fee earners* (obtienen los honorarios para el despacho), se agrupan los socios y todos los abogados del despacho. Asimismo, suelen incorporarse también otros profesionales. Asimismo, suelen incorporarse al despacho otros profesionales como los llamados «**paralegals**» que apoyan en el asesoramiento a clientes (y cobran honorarios por su asesoramiento) pero que no participan en la misma carrera profesional que los abogados. Los *paralegals* pueden ser o no licenciados o graduados en Derecho, suelen colaborar y dar apoyo a otros abogados; por ejemplo, en ámbitos como el registro y la gestión de marcas.

Además, están creándose **nuevas carreras** para juristas, graduados y abogados en los despachos de abogados, que abrirán nuevas oportunidades y traerán como consecuencia nuevos perfiles: «*New jobs for lawyers: the legal knowledge engineer; the legal technologist; the legal hybrid; the legal process analyst; the legal project manager; the ODR practitioner; the legal management consultant; the legal risk manager*» (Susskind 2013).

## 508 Personal de apoyo

El otro gran colectivo son los profesionales que conforman el personal de apoyo (*non-fee earners*). Estos profesionales se organizan en departamentos que prestan apoyo a los abogados y a la dirección del despacho para el **adecuado funcionamiento** de la organización.

En la gran mayoría de despachos encontramos departamentos comunes a otras organizaciones empresariales como los departamentos financiero, recursos humanos, marketing ó IT. Junto a estos tienen especial importancia los departamentos de gestión del conocimiento (nº 710 s. ). Los profesionales de apoyo tienen una carrera profesional distinta a la de los abogados del despacho y reportan a la dirección.

Dentro de este colectivo también se encuentra el **personal administrativo** (secretarías y «asistentes personales» *PA*s) que, en ocasiones, comparte organigrama con los abogados al encontrarse adscrito a determinadas áreas de práctica o grupo de abogados.

510 Dentro del sector legal, los despachos británicos son los pioneros en desarrollar un equipo de profesionales de apoyo altamente **especializados y autónomos**, que reportan únicamente a la dirección del despacho. En España, la

profesionalización de los despachos se ha producido en los últimos 15 años. Anteriormente, eran los propios socios los que se ocupaban -por ejemplo- de la selección y contratación, de la elaboración de *brochures* o la gestión de los fondos bibliográficos y las bases de datos. Y los despachos únicamente contaban con profesionales de apoyo para la facturación, contabilidad, IT o apoyo administrativo. El crecimiento de la plantilla y la instalación de despachos internacionales en nuestro entorno ha conllevado la necesidad de profesionalización de estos equipos.

En el Reino Unido, algunos despachos de abogados otorgan a directores de **áreas de soporte** (como RRHH, Marketing o Finanzas) un **estatus** equivalente a «**equity partner**», con todos los derechos de estos, incluido el voto y la participación en beneficios, y las obligaciones, excepto la aportación de capital. Véase en este sentido: Fuente Expansión <http://www.expansion.com/2013/03/12/juridico/1363110525.html>.

## D. Carrera profesional en los despachos de abogados

### a. Relevancia de la carrera profesional

**514** Uno de los **elementos esenciales** en los despachos de abogados es la carrera profesional de sus integrantes y la forma en que la misma se estructura. La carrera profesional en un despacho de abogados ha de ser retadora:

#### **516** Motivación

Es necesario mantener motivados a los profesionales del despacho. Si bien en todos los ámbitos laborales se trata de una **condición esencial** para la buena marcha de la empresa para la que trabajan, puede decirse que resulta de una especial relevancia para los despachos de abogados dado el grado de implicación que requiere su trabajo.

La existencia de una visión clara sobre la posibilidad de progreso interno es un aliciente elemental para que los profesionales hagan sus mayores esfuerzos en la consecución de los **mejores resultados**. Sin una carrera clara y definida para los abogados que forman parte de un despacho es posible que el nivel de exigencia interna ocasione pérdidas de motivación. La existencia de una carrera con hitos concretos, bien definidos y en plazos cortos y medios proporciona a los abogados una sensación de consecución de objetivos constante en el tiempo que acrecienta su motivación e implicación con el despacho.

#### **518** Atracción

El colectivo de abogados es un colectivo altamente especializado y preparado. Sin perjuicio de las diferentes situaciones que se producen en el mercado (marcadas por crisis más o menos duraderas en el tiempo), los abogados tienen diversas posibilidades profesionales por lo que es esencial para un despacho el que el **horizonte profesional** que ofrecen sea suficientemente **atractivo** para atraer y retener el talento. Alcanzar la categoría de socio supone que el profesional pase a tener una parte de las participaciones, acciones o cuotas en las que se divide el capital de la sociedad o entidad que conforma el despacho.

La existencia de un claro **plan de carrera** en el que además esté fijada la posibilidad de acceder a determinada preparación y actualización técnica ayuda, asimismo, a que los profesionales entiendan que la permanencia en el despacho puede ampliar, de forma constante, las oportunidades profesionales disponibles.

Algunos despachos de abogados ofrecen en ciertos momentos de la carrera profesional la posibilidad de que sus profesionales **cursen** determinados **másteres** sufragados por el despacho total o parcialmente, realicen estancias en despachos extranjeros, asistan a cursos impartidos en universidades nacionales o extranjeras, etc.

**520** El establecimiento de una carrera profesional clara ayuda a definir los momentos concretos en los que los profesionales han de asumir **responsabilidades adicionales**:

- **evaluación** de otros profesionales de la firma (nº 622 s. );
- **delegación** interna de tareas;
- **facturación** a clientes;
- **preparación** técnica de profesionales y clientes (cursos, artículos de difusión);
- labores de **promoción** del despacho;
- **representación** en organismos oficiales, comisiones legislativas y asociaciones, etc. La existencia de una carrera sirve tanto para definir cuáles son estas tareas, como quienes tienen la categoría necesaria para realizarlas.

## b. Etapas de la carrera profesional en los despachos

### 522 Carrera hacia la sociatura

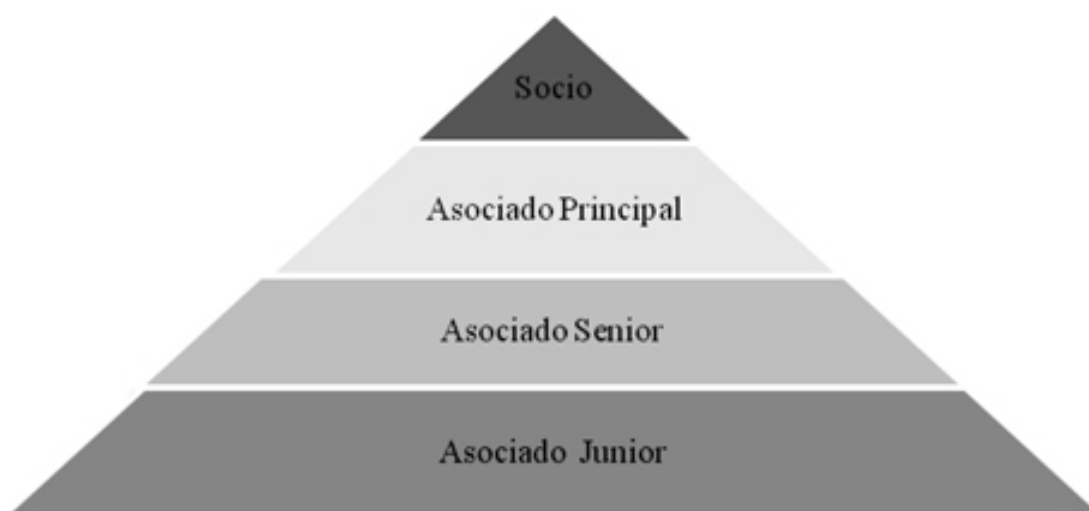
De acuerdo con lo establecido en la L 34/2006 y en el RD 775/2011, la **obtención del título profesional** de abogado requiere:

- posesión del título de graduado en Derecho;
- curso de formación (máster de acceso) que comprende 60 créditos ETCS + prácticas externas que suponen 30 créditos ETCS; y
- superar la prueba de acreditación profesional (examen de acceso).

Tras la **colegiación** en su correspondiente colegio profesional, el abogado iniciará la carrera profesional que tenga determinada el despacho donde preste sus servicios.

Si bien la **nomenclatura** de las categorías profesionales cambia de un despacho a otro, se puede decir que la nomenclatura de cada una de las categorías que se listan a continuación es la más extendida.

De **forma gráfica** la carrera profesional en un despacho de abogados se ha representado tradicionalmente como se indica a continuación:



- 526 1) **Asociado junior**: se trata de la **etapa inicial** en la carrera en la que los profesionales recién incorporados **reciben** una amplia **formación técnica** por parte de los despachos tanto para reforzar los conocimientos jurídicos como para hacerles partícipes de la forma de trabajo que tiene el despacho.

En esta etapa profesional es común que los despachos de abogados asignen a los *asociados junior* un profesional de mayor experiencia (generalmente un socio o un asociado principal) que actúe de **mentor** o tutor y ayude en el proceso de adaptación y aprendizaje del abogado junior en su incorporación al despacho (nº 622 s. ).

Las responsabilidades de los *asociados junior* en esta etapa son las mismas que las de cualquier otro profesional en cuanto a la excelencia y calidad de su trabajo, si bien la **interacción** que tienen **con el cliente** de forma directa está, en la mayor parte de los casos, **supervisada** de forma constante y cercana por un profesional de mayor experiencia. No obstante lo cual, desde esta primera etapa se espera de los *asociados junior* que comiencen a desarrollar **labores de gestión** que permitan que los servicios prestados a los clientes se desarrollen con la máxima eficiencia.

- 528 2) **Asociado senior**: se trata de la segunda etapa en la que los profesionales ya adquieren una **mayor autonomía interna** a la hora de acometer tareas. En esta etapa la formación proporcionada directamente por el despacho sigue siendo primordial y se espera que los *asociados senior* contribuyan de forma constante a hacer partícipes de su experiencia a los *asociados junior*.

En esta etapa se dan por asumidos los profundos **conocimientos técnicos** que han debido adquirir los profesionales en su etapa *junior* y se espera de los mismos que:

- terminen de consolidar sus **facultades de gestión**;
- desarrollen **labores de organización** de equipos multidisciplinares;
- comiencen a realizar **tareas de delegación**; y
- lideren **trabajos concretos** supervisados en determinados aspectos por profesionales de mayor experiencia.

530 3) **Asociado principal**: se trata de la etapa en la que los profesionales asumen el **contacto directo con el cliente** de forma independiente en la mayor parte de las áreas y se hacen responsables de delegación interna de la mayor parte de los asuntos escogiendo los equipos concretos que han de trabajar en los diferentes asuntos que encomiendan los socios. Asimismo, en esta etapa se espera que los profesionales adquieran:

- **Proyección interna**: mediante labores de formación de *asociados junior* y *asociados senior*, preparación de **artículos y estudios sobre novedades legales**, las cuales les ha de permitir ser reconocidos como unos expertos en las materias en las que se han especializado y convertirse en referentes internos de las mismas.
- **Proyección externa**: mediante **labores comerciales** promocionando a los expertos de otras áreas del despacho y buscando convertirse en otro apoyo fundamental de los clientes junto con el socio encargado del asunto.

532 4) **Socio**: la **última etapa** es aquella en la que el abogado es nombrado socio del despacho. Son muchos los **factores** que se consideran de cara a promocionar a un abogado como socio de un despacho:

- capacidad técnica;
- facturación;
- especialización;
- gestión de equipos; y
- dimensión del departamento.

En esta etapa es muy importante combinar las funciones de un **empresario** (liderazgo, gestión de equipos, estrategia, marketing, rentabilidad, costes) con el **asesoramiento jurídico** a los clientes de forma continua.

#### Precisiones

La **duración de la carrera** para llegar a la condición de socio no es igual en todos los despachos, pero, por lo general, transcurren entre 10 y 14 años hasta alcanzar dicha condición.

c. Carreras alternativas: «paralegals» y «professional support lawyer»

534 La figura de los *paralegals* (nº 506 ) se trata de un perfil de **soporte** -si bien en muchos casos facturan a clientes su asesoramiento- con una **calificación/formación técnica y jurídica** que apoyan en el asesoramiento a clientes y cuyo trabajo es supervisado por un abogado. Actualmente en España la figura del *paralegal* tiene ya presencia aunque poco significativa, salvo en los despachos anglosajones que lo conocen mejor por su existencia en las jurisdicciones de las que proceden donde tienen una amplia tradición y reconocimiento.

Distinta es la figura que en el mundo anglosajón se denomina *professional support lawyer* (PSL) que, en general, designa a un profesional que no participa en la «primera línea» del asesoramiento a clientes, para realizar un **trabajo técnico** de valor añadido apoyando a los **abogados** que trabajan con el cliente.

## E. Proceso de selección

a. Diversidad e integración

538 Las **políticas de reclutamiento y selección** deben estar siempre fundamentadas en el mérito y en las capacidades de los candidatos, así como en la no discriminación y en la igualdad de oportunidades.

Se debe tratar de que el proceso sea completo y riguroso para que se pueda valorar adecuadamente los logros académicos y aptitudes personales y profesionales de los candidatos. Para ello se debe contar con herramientas de medición y análisis basadas en metodologías lo más objetivas posibles.

b. Selección de abogados sin experiencia

540 Perfiles profesionales

El perfil profesional, en el caso de abogados sin experiencia, se basa fundamentalmente en los **méritos académicos**, idiomas y características personales del candidato. De esta forma podríamos definir dos **tipos** de perfiles que hay que considerar:

1. **Perfil técnico:** se valora la formación académica, las calificaciones obtenidas en la carrera y, en su caso, en el máster, así como el nivel de idiomas (nivel alto de inglés, valorando positivamente otros idiomas).

2. **Perfil personal:** se valoran positivamente todas las competencias relacionadas tanto con la tarea como con la persona. Por competencias relacionadas con la tarea entendemos la capacidad de organización, el orden, la planificación, el rigor, etc. Por competencias relacionadas con la persona entendemos la capacidad de trabajo en equipo, la sociabilidad, la empatía, el liderazgo, etc.

El perfil técnico se valora a través del propio expediente académico de la carrera o máster, de los títulos de idiomas de los que se dispone, mediante las **pruebas de conocimientos jurídicos** e incluso, para valorar la capacidad intelectual, a través de pruebas psicotécnicas. Por otra parte, el perfil personal se valora a través de las **pruebas en el proceso de selección**, tal y como se analiza más adelante (dinámicas de grupo, entrevistas personales, pruebas de personalidad, casos prácticos a exponer oralmente, etc.).

#### 544 Fases y pruebas

Cada despacho tiene una fórmula diferente en el modo de realizar los procesos de selección, si bien es cierto que hay denominadores comunes en todos ellos. Como ejemplo, todos los despachos tienen diferentes fases en el **proceso de selección**, cuyo objetivo es posibilitar ver a un mismo candidato en diferentes ocasiones y en diferentes tipos de tareas para proporcionar validez al proceso.

A continuación se explican los distintos tipos de pruebas que se utilizan en los despachos de abogados de mayor tamaño en España. En despachos de menor tamaño también se suele acudir a este tipo de pruebas en los procesos de selección, si bien se suelen centrar más en **entrevistas personales**.

#### 546 Pruebas psicotécnicas

Las pruebas psicotécnicas evalúan los diferentes aspectos de la **capacidad intelectual** de los candidatos, existiendo en el mercado una gran diversidad de pruebas que evalúan aspectos como el razonamiento lógico, numérico o verbal. Son pruebas de estructura esquemática en las cuales juegan un papel muy importante el tiempo y la rapidez en la contestación a las preguntas.

#### 547 Pruebas de conocimientos jurídicos

Las pruebas de conocimientos jurídicos pueden ser tipo test o a desarrollar.

1. Las pruebas **tipo test** suelen englobar conocimientos de todas las materias del Derecho; en función del despacho, la extensión y alcance de la prueba puede variar (hay despachos que hacen un mayor hincapié en este tipo de pruebas y despachos que hacen menos). Suelen ser preguntas con varias opciones de respuesta a elegir sólo una correcta.

2. Las pruebas **a desarrollar** suelen consistir en un caso práctico de una o varias materias, a desarrollar por escrito y, en algunos casos, a defender también de forma oral ante uno o más abogados e incluso debatir con ellos.

#### 548 Pruebas de idiomas

Aunque el candidato tenga un determinado nivel de un idioma y lo pueda demostrar mediante un título, siempre se suele solicitar a los candidatos que se sometan a diferentes tipos de pruebas.

El **nivel de un idioma** se suele contrastar a través de:

1. **Pruebas orales:** conversaciones telefónicas o presenciales dentro del contexto de una entrevista o dinámica de grupo.

2. **Pruebas escritas:** examen tipo test que valore el nivel de gramática de los candidatos, redacción en inglés sobre un tema determinado o audiciones para valorar el nivel de comprensión.

#### 549 Pruebas de cultura general

Este tipo de pruebas intentan evaluar el **nivel de conocimientos** de cultura general de los candidatos. Pueden ser tipo test (preguntas con varias opciones de respuesta a elegir solo una correcta o preguntas de verdadero o falso) o pueden ser a desarrollar (se pregunta sobre un tema en concreto a redactar sobre el mismo).

#### 550 Dinámicas de grupo

En una dinámica de grupo se reúne a un colectivo de candidatos y se les solicita que hagan una tarea concreta. El objetivo es que los profesionales que deban evaluar a dichos candidatos puedan **observar** tanto su **conducta verbal como la no verbal**. Se incluye como una fase más del proceso de selección cuando es relevante obtener información que ayude a predecir la conducta social de los candidatos en entornos de trabajo en equipo y de relación con el cliente.

El esquema de las dinámicas de grupo, que se pueden desarrollar **en español y en inglés**, es el siguiente: en un primer momento los candidatos se presentan y a continuación se les indica que realicen una tarea en equipo (debate sobre un tema de actualidad, resolución de un caso práctico, etc.).

El **equipo de evaluadores** se limita a observar y registrar sus comentarios.

Algunas de las competencias que se evalúan en este tipo de pruebas son: capacidad de razonamiento, liderazgo, sociabilidad, motivación, negociación, orientación a resultados, etc.

## 552 Entrevistas personales

La entrevista de selección es un intercambio de información entre dos personas -entrevistador y entrevistado-. El objetivo de la misma es que el entrevistador evalúe si el **perfil del entrevistado** es adecuado para desempeñar un puesto determinado. Por otro lado, también es una magnífica oportunidad para que este último obtenga una mayor información sobre la empresa para la que está haciendo el proceso de selección.

Una entrevista debe ser fiable, es decir, las **conclusiones** de la misma deben de ser acertadas. Para ello hay que intentar que la conclusión de la entrevista se base en datos objetivos. Además, es interesante que un candidato sea siempre evaluado por más de un entrevistador. De esta forma, se suelen realizar entrevistas con los departamentos de RRHH y con abogados del despacho.

En el curso de la **entrevista con RRHH**, se hace un recorrido por toda la **trayectoria académica y profesional** del candidato, el entrevistador se centra en las competencias personales, puede realizar preguntas en inglés y/o en otros idiomas y se le pregunta por sus motivaciones e interés por el despacho en cuestión y el Derecho, así como por sus expectativas de futuro.

En la **entrevista con los abogados** se suele valorar más los conocimientos técnicos, el perfil profesional del candidato y su encaje en los distintos equipos de trabajo.

En términos generales no hay un patrón concreto que un candidato deba seguir en una entrevista. Cada persona es distinta y por lo tanto cada entrevista se desarrolla de una forma diferente. Ahora bien, se podrían dar algunas **recomendaciones** a considerar en el caso de ser entrevistado:

1. En una entrevista personal es importante contestar al entrevistador con naturalidad, ser sincero y pensar las respuestas para que estas sean ordenadas y coherentes.
2. El candidato debe cuidar el lenguaje no verbal, parecer calmado y tranquilo, ser prudente y mostrar siempre interés por el despacho en donde está haciendo la entrevista.
3. El candidato debe tener preparados los argumentos que justifiquen la información del curriculum vitae.
4. No podemos olvidar que el entrevistador es el que debe llevar las riendas de la conversación en todo momento aunque siempre suele haber un espacio reservado para preguntas, dudas e inquietudes del entrevistado el cual debe aprovechar este último.
5. Por último, la empatía y la simpatía en su justa medida en el desarrollo de la entrevista son un "plus" que valorara positivamente en entrevistador.

## F. Programas de prácticas

(RD 592/2014; RD 1493/2011; RD 1543/2011; L 34/2006; RD 775/2011)

554 Existen diversos programas de prácticas en función del tipo de estudio y del momento en el que se vayan a realizar las prácticas. La **normativa** a tener en cuenta es la siguiente:

- RD 592/2014 , por el que se regulan las prácticas académicas externas de los **estudiantes universitarios** que se aplica en el caso de alumnos que estén en sus estudios de carrera o que estén cursando un máster que contemple la opción de realizar unas prácticas en su plan de estudios;

- RD 1493/2011 , por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el régimen general de la Seguridad Social, de las personas que participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo, sino que incluyan la realización de **prácticas formativas** en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba ( RD 1493/2011 art.1 );

- RD 1543/2011 , por el que se regulan las **prácticas no laborales** en empresas o grupos empresariales que formalicen convenios con los servicios públicos de empleo, dirigidas a personas jóvenes que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan **problemas de empleabilidad** ( RD 1543/2011 art.1 ).

556 En el caso de **estudiantes universitarios** ( RD 592/2014 ), las prácticas tienen como finalidad principal la **formación del becario** y la puesta en práctica de los conocimientos adquiridos durante sus estudios. En este sentido, los despachos contribuyen a la formación práctica del estudiante. Todo becario debe tener asignado un tutor en la entidad colaboradora que supervise su actividad. El **tutor**, que tiene un papel primordial, deberá ser una **persona vinculada**

a la empresa, con experiencia profesional y con los conocimientos necesarios para realizar una tutela efectiva. Asimismo, el tutor la entidad colaboradora tiene sus derechos y deberes ( RD 592/2014 art.10.2 y 11 ).

En los programas de prácticas se ha de firmar un **convenio de colaboración** o de cooperación educativa entre la universidad (o centro de estudios) y la empresa, que ampare legalmente dichas prácticas y haga especial hincapié en las mismas como medio para ampliar y consolidar la formación del estudiante.

Los estudiantes universitarios pueden realizar los siguientes **tipos de prácticas**:

#### 558 Prácticas curriculares

Son **programas de prácticas** cuya duración y periodo de tiempo son establecidos por la propia universidad a la que pertenece el estudiante. Dichas prácticas son necesarias para la **obtención de créditos** obligatorios en el plan de estudios. Dentro de esta tipología de prácticas se encuentran las prácticas del máster de acceso a la abogacía.

#### 560 Prácticas del máster de acceso a la abogacía

A partir de la entrada en vigor de la Ley de acceso a la abogacía ( L 34/2006 ), los alumnos de grado de Derecho tienen que cursar un máster de acceso a la profesión para poder **ejercer la abogacía**. Dicho máster comprende dos partes:

1) **Periodo de formación**: 60 créditos ECTS ( RD 775/2011 art.12.1 ).

2) **Periodo de prácticas**: 30 créditos ECTS ( RD 775/2011 art.14.1 ).

La institución que imparte el **curso de formación** deberá hacer constar el contenido genérico de las prácticas, los lugares donde se desarrollan, la duración, los resultados esperables, las personas y entidades que participan, la existencia o no de un procedimiento de evaluación, el número de alumnos por tutor y los procedimientos de reclamación o sustitución de tutores ( RD 775/2011 art.14.3 ).

Las prácticas deberán ser tuteladas por un **equipo de profesionales**, al frente de los cuales deberá designarse a abogados que hayan ejercido la profesión durante al menos 5 años ( RD 775/2011 art.16.1 ).

#### 562 Prácticas extracurriculares

Son programas de prácticas que se realizan bien durante los **meses de verano** o bien **durante el curso** (en este caso deben ser compatibles con las clases en la universidad).

### G. Regulación de la prestación de servicios del abogado en el despacho

(RD 658/2001; L 22/2005; L 34/2006; L 2/2007; RD 1331/2006)

564 La prestación de servicios en el marco de un despacho de abogados puede realizarse, como ya se ha indicado, en **régimen de autoorganización profesional**, como titular de un despacho individual o colectivo o bien en **régimen de colaboración** en alguno de los despachos anteriormente citados ( RD 658/2001 art.27 y 28 ). En este último caso, cuando la colaboración se realiza por cuenta ajena constituye una relación laboral de carácter especial ( L 22/2005 disp.adic.1ª ; RD 1331/2006 ). Cabe, igualmente, una colaboración por cuenta propia, regulada por un contrato civil o mercantil, siempre que se realice con arreglo a **criterios organizativos** propios y la contraprestación económica percibida esté vinculada enteramente a la obtención de un resultado, sin ingresos mínimos periódicos ( RD 1331/2006 art.1.2.d ).

#### Precisiones

1) En relación con la **figura del socio**, ver nº 300 s.

2) El colaborador **por cuenta propia** puede servir para dar cabida a la relación con *consultores*, *asesores* o cualquier otro tipo de colaboración libre (*professional support lawyer*).

#### 1. Relación laboral especial de los abogados

#### 566 Ámbito de aplicación

(RD 1331/2006 art.3; RD 658/2001 art.6)

Se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial aquellos abogados que prestan **servicios retribuidos por cuenta ajena** y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo. El objeto de la prestación de servicios es la actividad profesional del abogado, esto es, dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o asesoramiento y consejo jurídicos.

Son trabajadores pues, a estos efectos, los licenciados o graduados en Derecho que estén habilitados para ejercer la profesión ( RD 1331/2006 art.4.1 ). Para el ejercicio profesional, los abogados deben estar incorporados a un **colegio español de abogados** en calidad de **ejercientes** ( RD 658/2001 art.9.1 ; LOPJ art.542 ). La obtención del título profesional de abogado para el ejercicio resulta preceptiva a partir de la entrada en vigor de dicha ley ( L 34/2006 art.1.2 ).

#### Precisiones

1) Los licenciados o graduados en Derecho que realicen exclusivamente **tareas de apoyo, formativas o de documentación** en el despacho *-paralegal-* quedan sometidos al régimen laboral común.

2) Las prestaciones de servicios de abogados en despachos que reúnan los requisitos propios de la relación laboral especial, pasan automáticamente a regirse por las **disposiciones reguladoras** de la misma con independencia de la fecha de su concertación ( RD 1331/2006 disp.adic.1ª ). No es necesario, en consecuencia, un acto explícito de conversión de las relaciones anteriores -civiles o laborales comunes- al nuevo régimen especial ( TSJ Asturias 8-2-08, EDJ 19183 ; en contra, TSJ Madrid 23-12-11, EDJ 319156 ). Pero la aplicación del régimen especial es obligada, sin que pueda plantearse una relación laboral común ( TSJ Madrid 25-5-15 ).

570 En **concepto de empleador**, pueden ser sujetos de la relación especial quienes sean titulares de despachos, individuales o colectivos ( RD 1331/2006 art.4.2 ; RD 658/2001 art.27 y 28 ). Tienen igualmente la consideración de despachos de abogados, los **despachos multiprofesionales** legalmente constituidos que incluyan entre los servicios profesionales que ofrezcan a sus clientes, los correspondientes al ejercicio profesional de la abogacía, siempre que se cumplan las condiciones establecidas para esta forma de ejercer la profesión de abogados en las normas que regulan las mismas ( RD 1331/2006 art.4.3 ; RD 658/2001 art.29 ).

Los **supuestos excluidos** son los siguientes:

a) Las **relaciones** que concierten los abogados **con empresas o entidades**, públicas o privadas, que no tengan el carácter de despachos de abogados ( RD 1331/2006 art.1.2.b ).

b) Los abogados que ejerzan la **profesión por cuenta propia, individualmente o agrupados con otros**, como socios en régimen societario o bajo cualquier otra forma admitida en Derecho ( RD 1331/2006 art.1.1.a ). En particular, no constituye una relación laboral especial el ejercicio en común de la profesión como socio a través de sociedades profesionales constituidas de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico ( RD 1331/2006 art.1.2.a ; L 2/2007 ). La jurisprudencia, puntualmente, ha admitido la posible compatibilidad de la **condición de socio** con una relación laboral especial si no se posee una participación significativa en el capital social ( TSJ Madrid 20-7-09 ).

572 No se pierde el carácter individual del despacho ni, en consecuencia, el régimen de autoorganización profesional cuando los abogados se limitan a compartir locales, instalaciones u otros medios materiales sin perder por ello su autonomía y siempre que no se identifiquen de forma conjunta frente a la clientela ni se atribuyan a la sociedad que eventualmente pudieran constituir los **derechos y obligaciones** inherentes a la relación establecida con los clientes ( RD 1331/2006 art.1.2.c ; RD 658/2001 art.27 ).

Tampoco quedan incluidas en el ámbito de la relación especial las **colaboraciones entre abogados** para determinados asuntos o clases de asuntos, cuando se mantenga la independencia de los respectivos despachos ( RD 1331/2006 art.1.1.b ; RD 658/2001 art.27 ).

c) Los abogados que prestan servicios en un despacho con cuyo **titular** tengan una **relación familiar** y convivan con él, salvo que se acredite la condición de asalariados de los mismos ( ET art.1.3.e ; RD 1331/2006 art.1.3 ). A estos efectos se consideran familiares el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. La presunción de exclusión del ámbito laboral admite prueba en contrario, acreditando la concurrencia de las notas caracterizadoras del contrato de trabajo pese al vínculo familiar ( TS 11-3-90 ).

d) Los abogados que conciertan su actividad profesional con un despacho, en la medida en que dicha actividad se realice con **criterios organizativos propios** y la contraprestación económica recibida por los servicios esté vinculada enteramente a la obtención de un resultado o a los honorarios que se generen para el despacho por la misma ( RD 1331/2006 art.1.2.d ). Se exceptúan de este supuesto las relaciones en las que se garantice al abogado por la actividad profesional concertada, periódicamente, unos ingresos mínimos ( TSJ Madrid 30-1-09, EDJ 95661 ).

e) Las actividades profesionales que desarrollan los abogados contratados por un despacho al margen del mismo, esto es, aquellas derivadas del **turno de oficio**, las que concierte el abogado, con autorización del despacho, a favor de sus propios clientes, cobrando los **honorarios** correspondientes, o bien las labores de asesoramiento y defensa que realice el abogado a favor de familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción ( RD 1331/2006 art.1.2.e y f y art.5.2.d ). En estos casos, tales actividades son compatibles con el



régimen de exclusividad que pueda haberse pactado, si bien no pueden dar lugar a **conflictos de intereses** o interferir en el cumplimiento de las obligaciones que el abogado ha asumido con el despacho ( RD 1331/2006 art.10.3.4 ).

## 2. Régimen jurídico de la relación laboral especial

(RD 1331/2006)

### 574 Fundamento de la especialidad

La relación laboral especial de los abogados en bufetes justifica su singularidad en:

1. La **relación triangular** -titular del despacho, abogado, cliente- que se establece en este ámbito y que condiciona el desarrollo de la relación laboral.
2. Las **condiciones** en las que los abogados desempeñan su actividad, estando obligados no solo al cumplimiento de normas laborales, sino igualmente estatutarias y deontológicas propias de su profesión.
3. La particular relación de **confianza recíproca** que preside la relación entre el abogado y el despacho.

### 578 Fuentes reguladoras de la relación especial

(RD 1331/2006 art.2)

- a) **Previsiones** del RD 1331/2006 .
- b) **Convenios colectivos** específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados (no cabe la aplicación de convenios de ámbitos funcionales distintos ( TSJ País Vasco 29-6-10, EDJ 256147 ).
- c) **Voluntad** de las **partes**, expresada en el contrato de trabajo y, en su caso, en los códigos de conducta internos del despacho.
- d) **Usos y costumbres** profesionales.
- e) Supletoriamente se aplicará el **Estatuto de los Trabajadores** y las demás normas laborales en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de la relación especial ( RD 1331/2006 disp.adic.4<sup>a</sup> ).

### 580 Forma del contrato

(RD 1331/2006 art.7)

Los contratos deberán **formalizarse por escrito** y podrán concertarse en cualquiera de las modalidades previstas legalmente. Deberán constar como mínimo en dichos contratos: la identidad de las partes contratantes, el objeto y modalidad del contrato, duración del contrato y período de prueba, régimen de jornadas y descansos, retribución convenida, régimen de prestación de servicios y pacto de no competencia postcontractual, en caso de que se acuerde.

#### Precisiones

En el caso del contrato en prácticas deben tenerse en cuenta algunas **peculiaridades** ( RD 1331/2006 art.9 ): el plazo de 5 años que reconoce el ET art.11 para la suscripción del contrato comienza a computarse desde la fecha en que se obtiene el título que habilita para el ejercicio de la profesión; debe designarse un **tutor** de las prácticas, que deberá tener más de 5 años de antigüedad en el ejercicio profesional. Y no podrán celebrar este contrato quienes hubieran estado vinculados con anterioridad con una relación laboral especial con un despacho por un período superior a dos años o quienes hubieran ejercido la profesión de abogado por cuenta propia o a favor de cualquier entidad pública o privada durante más de 2 años.

### 582 Derechos y deberes de los abogados

Se extienden a los abogados los **derechos** básicos que el Estatuto de los Trabajadores reconoce para los trabajadores ( ET art.4.1 y 2 ), y, en particular:

1. Se garantiza especialmente la **autonomía** del abogado para adecuar su actuación a los principios, valores y responsabilidades que imponen las normas reguladoras de la profesión, incluidas las éticas y deontológicas ( RD 1331/2006 art.5.2.a ); correlativamente, se atempera el deber de obediencia del abogado, cuando ello pueda contravenir las normas propias de la profesión ( RD 1331/2006 art.5.3.c ). Igualmente, el poder de dirección que se reconoce al titular del despacho debe respetar la libertad y la independencia profesional del abogado ( RD 1331/2006 art.6.2 ).
2. Se establece el derecho y el deber del abogado de obtener la formación necesaria para mantener un nivel adecuado de **capacitación técnica y profesional**. A tal efecto, el abogado podrá solicitar permisos, retribuidos o no, para actividades formativas para el reciclaje y perfeccionamiento profesional ( RD 1331/2006 art.16.2 ). La inexistencia de

este nivel de formación adecuado puede justificar la extinción del contrato por el titular del despacho ( RD 1331/2006 art.23.2.b ).

3. El abogado podrá participar en las **actividades docentes e investigadoras** que desarrolle el despacho, en los términos que se pacten ( RD 1331/2006 art.5.2.c ).

4. El abogado puede asesorar y defender al cónyuge y demás **familiares** por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, con independencia del régimen de exclusividad que regula el decreto (nº 586 ).

5. El abogado tiene derecho a que se le reconozca la **clientela** aportada al despacho en el momento de incorporarse al mismo, y a que se le compense económicamente en los términos que se acuerden ( RD 1331/2006 art.13 ).

**584** Entre los **deberes** que expresamente se imponen al abogado se encuentran los siguientes ( RD 1331/2006 art.5.3 ):

1. Cumplir las obligaciones inherentes a los **servicios contratados** de conformidad con las reglas de la buena fe y con la diligencia debida.
2. Cumplir las obligaciones en **materia de prevención** de riesgos laborales.
3. Cumplir las órdenes e **instrucciones** del **titular** del despacho, salvo que contravengan los principios y valores de la abogacía o las normas específicas de la profesión.
4. No concurrir profesionalmente con la **actividad** del despacho (nº 586 ).
5. Contribuir a la **mejora del funcionamiento** del despacho mediante la mejora de la calidad de los servicios del mismo.
6. Completar y perfeccionar su **formación y capacitación** profesional siguiendo las directrices del titular del despacho ( RD 1331/2006 art.16 ).

**586** **Organización del trabajo y desarrollo de la prestación de servicios**

La organización de la prestación de trabajo corresponde a los titulares de los despachos, a los cuales se encomienda, en el ejercicio de su poder de dirección, la planificación del trabajo y la distribución de los clientes y asuntos del despacho entre los abogados. En todo caso, el **control del trabajo** por el titular del bufete debe respetar la autonomía del abogado y su obligación de cumplir con las normas de la profesión; en particular, no podrán encomendarse asuntos al abogado que impliquen la realización de actividades legalmente incompatibles o supongan una vulneración del deber de **secreto profesional** del abogado o de la prohibición de actuar en situaciones de conflicto de intereses.

En cuanto al desarrollo de la prestación de servicios, pueden destacarse los siguientes extremos:

- **Régimen de exclusividad** ( RD 1331/2006 art.10 ). En sentido contrario a la regla general que establece el ET, se presume la dedicación exclusiva del abogado, salvo que el contrato se concierte a tiempo parcial o se pacte lo contrario ( ET art.21 ). Ello supone la imposibilidad de ejercer la **profesión**, por cuenta propia o ajena, durante la vigencia del contrato, pudiendo pactarse igualmente la prohibición de ejercer cualquier otra actividad profesional. El abogado tendrá derecho a una compensación económica adecuada por la exclusividad.

#### Precisiones

**1) Es compatible** con este régimen de exclusividad, la asistencia del turno de oficio, la defensa de familiares y la realización de actividades complementarias, por ejemplo docentes e investigadoras.

**2) Cuando así se haya pactado**, los abogados podrán asesorar y defender a sus propios clientes, cobrando directamente honorarios de los mismos, siempre que no se produzca **conflicto de intereses** ni interfiera en las obligaciones asumidas con el despacho.

**588** • **Pacto de permanencia** ( RD 1331/2006 art.11 ). Puede establecerse, en la línea de lo dispuesto por el ET, un pacto que obligue al abogado a permanecer en el despacho durante un tiempo tras haber recibido una formación o **especialización profesional** con cargo al bufete ( ET art.21.4 ). El pacto debe consignarse por escrito y no podrá vincular al abogado por un período superior a 2 años, a contar desde el momento de finalización de la formación. En caso de incumplimiento del pacto por el abogado, el despacho tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios que se haya pactado, sin que el importe de la misma pueda ser en ningún caso superior al coste de la formación recibida.

- **Pacto de no competencia postcontractual** ( RD 1331/2006 art.12 ). Cabe igualmente la posible **suscripción de un pacto** que limite la actividad del abogado tras su salida del despacho, con respecto al cual deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

**a) No puede tener una duración superior a 2 años** desde la terminación del contrato de trabajo.

**b) Puede tener como objeto el establecimiento de restricciones** a las futuras actuaciones profesionales del abogado en relación con los clientes del despacho o con los asuntos en los que hubiera intervenido durante su relación contractual; sin que, no obstante, dichas limitaciones puedan impedir el ejercicio general de la profesión de abogado, ni de los campos o especialidades del Derecho a los que se dedica el despacho.

c) Debe ir acompañado de una **compensación económica** adecuada, para compensar las limitaciones que se imponen al abogado en relación con clientes o asuntos.

#### 590 Retribuciones

(RD 1331/2006 art.18; ET art.26 a 33 )

Las retribuciones acordadas deben respetar las **cuantías mínimas y garantías** previstas en el régimen laboral común. Los abogados no pueden facturar honorarios a los clientes del despacho por los servicios prestados a los mismos, si bien el titular del despacho queda obligado al pago del salario aunque los clientes no hubieran realizado pago alguno por las actividades realizadas (nº 650 s. ).

#### 592 Tiempo de trabajo

(RD 1331/2006 art.14 a 15 ; ET art.34)

La jornada de trabajo de los abogados tendrá la duración que se pacte bien en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, debiendo respetar en cualquier caso los límites del ET en **cómputo anual**.

Cabe igualmente acordar la **distribución irregular de la jornada** a lo largo del año siempre que se asegure el servicio a los clientes y el cumplimiento de los plazos procesales.

Los abogados tendrán derecho a los descansos, fiestas, permisos y vacaciones que disfruten el resto de los trabajadores, si bien podrán establecerse fechas o momentos distintos para su disfrute en atención al carácter perentorio de los plazos o las actuaciones a realizar en los asuntos encomendados.

#### Precisiones

1) Se considera tiempo de trabajo el que el abogado **permanezca en el despacho** realizando sus actividades profesionales y el que dedique fuera del mismo para la atención y defensa de los clientes.

2) La exclusión de los **tiempos de desplazamiento** y esperas a efectos del cómputo de la jornada máxima que realiza el RD 1331/2006 ha sido declarada nula por el TS 16-12-08, EDJ 239723 por considerar que contraviene las previsiones sobre tiempo de trabajo de la Dir 2003/88/CE .

#### 594 Suspensión del contrato

(RD 1331/2006 art.20; ET art.45 s.)

El contrato de trabajo de los abogados se podrá suspender por las **causas** y con los efectos previstos en el ET, con las siguientes particularidades:

1. En caso de **excedencia voluntaria**, solicitada y concedida al amparo de las normas previstas en el régimen común o de lo dispuesto en convenio o contrato de trabajo, si el abogado ejerce la profesión en otro despacho sin la correspondiente autorización, pierde el derecho al reingreso, lo que determina la extinción del contrato de trabajo ( TS 21-12-00, EDJ 55083 ).

Debe determinarse si la prohibición se extiende a cualquier colaboración puntual del abogado o exige una prestación más prolongada.

2. En aquellos **supuestos** en los que el abogado sea promocionado a la **condición de socio** y pase a estar vinculado con el despacho a través de una relación no laboral -mercantil o civil- el contrato de trabajo permanece suspendido durante 2 años, extinguiéndose automáticamente y sin indemnización a partir de ese momento.

La pérdida de la condición de socio durante ese período de suspensión del contrato de trabajo debe permitir, salvo que concurren **causas disciplinarias** de especial gravedad, recuperar al abogado su posición como trabajador por cuenta ajena, si bien los derechos económicos que acompañen a esta decisión dependen principalmente de las circunstancias que justifican dicho abandono, así como de las previsiones que al respecto puedan incluirse en convenio colectivo o contrato de trabajo ( L 2/2007 art.13 y 14 ).

## H. Extinción de la relación laboral

(RD 1331/2006 art.21 a 23 )

596 A **salvo** de las **particularidades** establecidas en la norma especial, el contrato de trabajo del abogado se extingue por las causas y con los efectos previstos para el régimen laboral común ( ET art.49 a 56 ; RD 1331/2006 art.21.1 )

### 1. Extinción del contrato por voluntad del abogado

598 El contrato de trabajo puede extinguirse por voluntad del abogado en los siguientes casos:

- a) Por **libre desistimiento**, sin necesidad de concurrencia de causa particular y específica -dimisión voluntaria-.
- b) Por **resolución por justa causa**, basada en el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el bufete -dimisión provocada-.

#### 600 Dimisión

(RD 1331/2006 art.22.1; ET art.49.1.d)

La dimisión del abogado, en cuanto decisión libre y voluntaria de extinguir el contrato de trabajo, **no exige la concurrencia de causa** alguna si bien debe tenerse en cuenta para su articulación el cumplimiento de los siguientes **requisitos**:

a) La decisión extintiva **debe ser comunicada al despacho** con antelación suficiente, de forma que el mismo pueda adoptar las medidas necesarias para evitar perjuicios a los clientes o a los intereses de dicho despacho. Es posible acordar el **período de preaviso** en convenio colectivo o, en su caso, contrato individual de trabajo, sin que, no obstante, pueda ser inferior a 45 días ni superior a 3 meses ( TSJ C.Valenciana 11-3-14, EDJ 61748 ).

El incumplimiento del plazo de preaviso concede al titular del despacho el derecho a exigir al abogado el resarcimiento por los daños y perjuicios causados, atendiendo al interés de la clientela y del bufete que pueden verse lesionados. La **valoración y prueba del perjuicio** que justifica la pretensión resarcitoria deberá seguir las reglas del Derecho común, si bien puede resultar aplicable por analogía la previsión específica de la relación especial de alta dirección que fija para estos casos una indemnización equivalente a los salarios del período de preaviso incumplido ( CC art.1101 ; RD 1382/1985 art.10.2 ).

b) El abogado debe informar al titular del despacho sobre la **situación en que se encuentran los asuntos** que tuviera encomendados y poner a disposición del mismo la documentación correspondiente a fin de que el bufete pueda encauzar dichos asuntos y dar continuidad a la defensa y asesoramiento de los clientes. El momento oportuno para exigir el cumplimiento de esta obligación parece ser el comienzo del período de preaviso. El incumplimiento de dicha obligación de información posibilita al titular del despacho para solicitar la reparación de los **perjuicios causados** por medio de una indemnización independiente de la que pueda derivar del incumplimiento del plazo de preaviso, si bien sujeta a las mismas reglas para su apreciación ( CC art.1101 ).

#### Precisiones

1) En ausencia de previsiones específicas, debe atenderse al **régimen común** para la regulación de los restantes aspectos de esta causa extintiva.

2) No se contempla en estos casos ningún tipo de **indemnización a favor del abogado** que desiste de su contrato, así como tampoco se reconoce el derecho a la percepción de las prestaciones por desempleo.

#### 602 Resolución por incumplimiento o dimisión provocada

(RD 1331/2006 art.22.1; ET art.50)

La acción resolutoria del abogado justificada en un incumplimiento previo de las **obligaciones contractuales del bufete** debe ajustarse a alguna de las causas previstas en el régimen común.

Igualmente, debe estarse al régimen común para determinar en estos casos el procedimiento y efectos de la extinción del contrato. Así, dicha extinción se produce por una decisión judicial de carácter constitutivo. El abogado tiene derecho a una **indemnización** cuya cuantía es equivalente a la que corresponde al despido improcedente (33 días de salario por año de servicio con el límite de 24 mensualidades). Cuando se extingue el contrato por alguna de estas causas, queda en situación legal de desempleo.

En todo caso, el abogado debe informar al titular del despacho sobre la **situación en que se encuentran los asuntos** que tuviera encomendados y facilitar la documentación correspondiente con el fin de que el bufete pueda encauzar dichos asuntos y asegurar la continuidad en la asistencia al cliente. En caso de incumplimiento, el despacho puede exigir la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios causados, para cuya acreditación y valoración debe estarse a las reglas generales del Derecho común ( CC art.1101 ).

## 2. Extinción del contrato por voluntad del titular del despacho

604 El contrato de trabajo puede extinguirse por voluntad del bufete empleador por cualquiera de las **causas** previstas en el ET y en particular:

- a) Por despido **disciplinario**, fundado en un incumplimiento grave y culpable del abogado
- b) Por despido debido a **causas objetivas o económicas**, tanto de carácter individual como colectivo.

606 **Despido disciplinario**  
(ET art.54; RD 1331/2006 art.24.2)

La resolución del contrato por motivos disciplinarios puede ampararse en alguna de las causas previstas en el régimen común, en las infracciones previstas en el convenio colectivo de aplicación o en el contrato individual de trabajo y, en particular, en alguno de los siguientes **comportamientos del abogado**:

- el incumplimiento de los deberes de confidencialidad, secreto profesional y fidelidad;
- la negativa infundada a asumir los asuntos encomendados por el titular del despacho;
- la negativa a informar al titular del despacho de la situación de los asuntos que le hubieran encomendado;
- girar minutas de honorarios u otros gastos a los clientes por los asuntos en que hubieran intervenido ( TSJ Cataluña 25-1-08, EDJ 26170 ).

Corresponde al titular del despacho la **exigencia de esta responsabilidad disciplinaria**, atendiendo a lo previsto en las normas de aplicación, el convenio colectivo o el contrato de trabajo ( RD 1331/2006 art.23 a 24 ). A tal efecto, debe darse audiencia al abogado con anterioridad a la adopción de la decisión disciplinaria ( RD 1331/2006 art.25.2 ). En aquellos casos en los que ostente la condición de representante de los trabajadores, parece que debe procederse a la **apertura del expediente disciplinario** preceptivo con anterioridad al despido ( RD 1331/2006 art.19 ; ET art.68 a ).

608 La comunicación del despido debe realizarse por escrito, haciendo constar la fecha y los hechos que motivan el mismo ( RD 1331/2006 art.25.2 ; ET art.55.1 ).

Por analogía con lo dispuesto en otros supuestos extintivos, parece que puede exigirse al abogado la obligación de informar al titular del despacho acerca del **estado de la cartera de clientes**, en orden a garantizar la continuidad en la asistencia a los mismos. El incumplimiento de esta obligación podría justificar una acción resarcitoria del titular del bufete por los daños y perjuicios causados.

La calificación y efectos del despido disciplinario siguen lo previsto en el régimen común, pero atendiendo a la especial confianza que sustenta esta relación laboral se excepciona el **régimen de readmisión forzosa** previsto para los supuestos en que el despido se declare nulo -por ser discriminatorio o haberse vulnerado derechos fundamentales o referirse a un representante laboral o sindical de los abogados- y se permite a las partes alcanzar un acuerdo con posterioridad a la declaración judicial correspondiente en la línea de lo previsto para la alta dirección ( RD 1331/2006 art.21.2 y 23.1 ; ET art.55 y 56 ; RD 1382/1985 art.11.3 ). En estos casos, procede el **abono de las indemnizaciones** legalmente previstas o las que al respecto se pacten, sin que esté contemplado, no obstante, en la norma un incremento de las cuantías recogidas para el despido improcedente.

No existe, por otra parte, referencia explícita en la norma a los supuestos en los que la nulidad del despido se declara por circunstancias relativas al embarazo, al ejercicio de los **derechos familiares** que se reconocen al trabajador o a las víctimas de la violencia de género ( ET art.55.5.a y b ). Pese a lo cual, no existen razones para negar, en estos supuestos, la aplicación de esta regla particular, esto es, un posible acuerdo entre las partes que eluda la readmisión obligatoria del abogado.

#### Precisiones

1) La exigencia de **responsabilidad disciplinaria laboral** al abogado se entiende sin perjuicio de que puedan ser exigibles responsabilidades en otros órdenes ( RD 658/2001 art.80 a 93 ; Código Deontológico Abogacía Española ; CC art.1101 ).

2) En lo no dispuesto expresamente por la norma especial, debe estarse al régimen común ( RD 1331/2006 art.23.1 ). Así, en lo relativo a la **prescripción de las faltas**, deben aplicarse los plazos generales previstos en la norma común ( ET art.59.3 ). En todo caso, los despidos disciplinarios impuestos por el titular del despacho son revisables por la jurisdicción social ( RD 1331/2006 art.25.3 ).

610 **Despido objetivo o por causas económicas**

La extinción del contrato por razones objetivas puede realizarse al amparo de alguna de las causas previstas en el régimen común y además:

1. Cuando exista una manifiesta y grave **quiebra de la confianza** entre el abogado y el titular del despacho que tenga su origen en la actuación profesional del abogado o en su relación con los clientes y así se acredite por el titular del despacho ( TSJ Madrid 14-7-14, EDJ 163039 ). No estamos ante un desistimiento unilateral con indemnización tasada por pérdida de confianza al estilo del regulado en la alta dirección o el servicio doméstico porque, en el caso de los abogados, se exige que el despacho pruebe con detalle las actuaciones concretas que generan esa pérdida de confianza ( RD 1331/2006 art.23.3 ). Ello plantea dificultades prácticas para la aplicación de esta causa extintiva debido a que:

- por su propia naturaleza la confianza o la ausencia de ella es **difícilmente objetivable**;

- si efectivamente pueden aportarse actuaciones profesionales del abogado que produzcan como efecto la pérdida de confianza probablemente estemos ante **comportamientos censurables** cuyo encaje más adecuado es el despido disciplinario.

En otros casos, sin embargo, las diferencias de criterio o desavenencias lógicas en los asuntos pueden esgrimirse para tratar de justificar la pérdida de confianza perjudicando, con ello, la **imagen** y el **prestigio profesional** del abogado.

612 2. Cuando se acredite, asimismo, por el titular del despacho, que el abogado no mantiene un **nivel profesional adecuado** y, en consecuencia, no puede ejercer la profesión con plenas garantías para los intereses de los clientes. Constituye este supuesto una matización de la ineptitud sobrevenida prevista en el régimen común, que debe conectarse con la obligación-derecho del abogado a obtener la formación continua necesaria para mantener un **nivel de capacitación técnica** y profesional adecuado para el ejercicio de su profesión ( ET art.52.a ; RD 1331/2006 art.5.2.b y 16 ). El titular del bufete debe, en todo caso, probar adecuadamente la pérdida del nivel profesional que justifica la extinción del contrato.

614 Para proceder a la extinción del contrato, en ambos casos, deben observarse los **requisitos** previstos en ET art.53 , con las siguientes particularidades:

a) En la **comunicación escrita** deben constar con suficiente detalle las actuaciones profesionales del abogado o las relaciones con los clientes que justifican la extinción del contrato por la causa que se alega ( TSJ Madrid 20-10-08, EDJ 270428 ).

b) El **período de preaviso** que se conceda al abogado debe tener una duración de, al menos, 45 días. Se trata de una norma imperativa, indisponible para la autonomía de la voluntad. La inobservancia de este plazo no anula la extinción, si bien obliga al pago de una compensación equivalente a los salarios correspondientes al período de preaviso incumplido.

El abogado, producido el preaviso, y con independencia de que impugne la **decisión extintiva**, debe informar al titular del bufete acerca del estado de los asuntos pendientes, para dar continuidad a la asistencia y defensa de los clientes ( RD 1331/2006 art.23.4 ). El incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a una **indemnización por los daños y perjuicios** causados, para cuya valoración debe acudir a las reglas del Derecho común ( CC art.1101 ).

La calificación y efectos del despido se ajustan a lo previsto en el régimen común, si bien en aquellos casos en los que el despido se declare nulo o afecte a un abogado que tiene la condición de representante legal de los trabajadores, la readmisión obligatoria puede ceder a favor del acuerdo que alcancen las partes ( ET art.53.3, 4 y 5 ).

Los despidos económicos o por causas empresariales, de carácter individual o colectivo, siguen lo previsto en el régimen común.

#### 616 Efectos del despido

(ET art.53.1.b y 56.1; RD 1331/2006 disp.adic.1ª)

Las **indemnizaciones** por despido son las previstas para el régimen común sin que existan variaciones en su cuantía o parámetros de cálculo. Nada impide, en cualquier caso, que a través de convenio colectivo o de contrato individual de trabajo -cláusulas de blindaje- estas indemnizaciones puedan mejorarse o ampliarse a otros supuestos no contemplados en la norma.

Para el cálculo de las indemnizaciones debe tomarse como referencia el **período de prestación de servicios** al despacho. A este respecto, la norma especial impone la conversión automática al nuevo régimen de todas las relaciones celebradas entre abogados y bufetes, con independencia de la fecha de su concertación, y a salvo de las condiciones más beneficiosas pactadas con anterioridad.

Debe determinarse si procede a estos efectos el cómputo de períodos de prestación de servicios anteriores al 20-11-2005 fecha de la configuración legal de esta relación laboral especial o, más propiamente, anteriores a la **obligación legal de alta** de los abogados en Seguridad Social: 1-2-2006 ( L 22/2005 disp.adic.1ª ). Para lo cual debe atender, entre otros elementos, a la naturaleza -laboral o civil- del contrato suscrito entre las partes, las condiciones efectivas de realización de los servicios, el momento al cual pretenden retrotraerse los efectos de la laboralidad o los acuerdos que las partes hayan podido alcanzar en este punto ( TSJ Asturias 8-2-08, EDJ 19183 ; TSJ Madrid 14-2-07, EDJ 46815 ).

- 618 En lo que respecta a los **salarios de tramitación**, procede el pago de los mismos en los términos previstos en el régimen común en virtud de la remisión genérica que la norma especial realiza en esta materia y no existiendo, por otra parte, previsión en contra en la misma ( RD 1331/2006 art.23.1 ).

Con independencia de las indemnizaciones por extinción, se contempla para los abogados una posible indemnización por clientela. Los términos para su **reconocimiento** deben concretarse a través de convenio colectivo o contrato de trabajo, si bien dicha compensación se refiere, en principio únicamente, a los clientes que el abogado haya aportado al despacho al inicio de su relación laboral ( RD 1331/2006 art.13 ).

Tras el despido, el abogado queda en situación legal de desempleo en los términos previstos en la **normativa de Seguridad Social**.

620 **SITUACIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ABOGADOS\* TRAS LA L 22/2005 Y NORMAS COMPLEMENTARIAS**

	<b>Laboral</b>	<b>Seguridad Social</b>
Abogados al servicio de la Administración en régimen funcional	Excluidos ( ET art.1.3.a )	Régimen especial Seguridad Social ( LGSS art.10.2.c )
Abogados por cuenta ajena para un empleador público o privado que no sea un despacho o bufete	Relación laboral común	RGSS
Abogados por cuenta propia titulares de un despacho individual	Excluidos	RETA/Mutualidad Previsión del Colegio
Abogados por cuenta propia titulares de un despacho individual que comparten medios materiales con otros abogados**	Excluidos	RETA/Mutualidad Previsión del Colegio
Abogados por cuenta propia socios o titulares de un despacho colectivo***	Excluidos	RETA/Mutualidad Previsión del Colegio
Abogados por cuenta ajena colaboradores en un despacho individual o colectivo	Relación laboral especial ( L 22/2005 disp.adic.1ª )	RGSS ( Resol DGOSS 21-11-2005 )
Abogados en formación en un despacho («pasantes»)	Cto. prácticas	RGSS

\* Se incluye bajo esta denominación a todos aquellos licenciados/graduados en Derecho inscritos bajo la modalidad de «ejercientes» en el colegio profesional.

\*\* Siempre que, pese a compartir medios materiales, mantengan la independencia de sus bufetes, sin identificación conjunta de los mismos frente a la clientela.

\*\*\* En el supuesto de que el despacho se haya constituido como sociedad mercantil capitalista, los socios trabajadores que no poseen el control efectivo de la sociedad parece que deberían quedar incluidos en el RGSS en aplicación de la LGSS art.136.2.b) .

**I. Importancia de la gestión del talento. Tutorías y evaluación del desempeño**

622 **Tutorías**

El concepto del tutor en el sector jurídico actual se asocia generalmente con la **figura de las prácticas**. Así se recoge en la nueva Ley que regula el acceso a la profesión de abogado ( L 34/2006 , sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales).

No obstante lo anterior, el concepto de tutorías se aplica tradicionalmente en los despachos de abogados a la **labor de seguimiento**, formación, etc. que para los abogados más jóvenes del despacho realiza un tutor, profesional con amplia experiencia en el despacho.

El período inicial tras la incorporación de los abogados jóvenes es clave en su desarrollo futuro en el despacho. Por ello, todos los medios que se pongan para facilitar la incorporación van a tener retorno seguro. Hay estudios que asocian el **éxito profesional futuro** con las buenas prácticas de integración durante los primeros meses de la incorporación de los jóvenes a la organización.

Generalmente, en los despachos se designa un tutor para cada nuevo abogado, que no tiene que ser necesariamente con la persona o la única persona con la que el tutelado vaya a trabajar, ya que es recomendable que los **jóvenes abogados** se integren en varios equipos de trabajo diferentes.

El tutor será un «referente» importante, deberá ser la **guía para el tutelado** no solo en aspectos técnicos sino en otras cuestiones relevantes para el trabajo (como organizar su trabajo, prioridades, «buenas prácticas», cuestiones prácticas del día a día). El tutor será un **canal de comunicación** y de información muy importante para el joven abogado.

### 626 Evaluación del desempeño

La evaluación del desempeño es una **herramienta clave** para la gestión de las personas y del talento.

Los primeros ejecutivos y directores de las principales organizaciones consideran a las personas como el componente más importante para alcanzar sus objetivos estratégicos en el entorno actual y futuro.

A medida que las organizaciones se enfrentan a un **reto de crecimiento** en un contexto de cambio permanente, mayor es el énfasis que ponen en la necesidad de atraer, desarrollar y retener el talento.

Aquellas organizaciones que aplican buenas prácticas en los diferentes ámbitos relacionados con el rendimiento de las personas han generado mejores **retornos** a medio y largo plazo. La evaluación del desempeño es un instrumento muy importante en todo este proceso.

### 628 En el ámbito empresarial podemos identificar «talento» con personas con alto valor para la organización, personas con capacidad y compromiso, con gran potencial para alcanzar un alto rendimiento en el desempeño de su trabajo.

El concepto talento abarca tanto a los profesionales cuya aportación resulta hoy fundamental para el éxito de la empresa, como a aquellas personas que mañana desempeñarán un papel decisivo. Las organizaciones deben hacer un esfuerzo importante en la identificación de este talento potencial.

A través del proceso de evaluación se puede detectar el potencial que los profesionales tienen y podrían aportar al despacho en el futuro.

En organizaciones empresariales y profesionales basadas fundamentalmente en el talento como son los despachos, la evaluación y desarrollo de los profesionales es un **elemento estratégico**.

La carrera profesional y la remuneración son dos aspectos clave en la estructura de desarrollo del talento. La evaluación es la herramienta fundamental para su gestión.

La identificación y el **diseño de los sistemas**, planes y programas de retribución y la estructura de la carrera profesional, no son procesos aislados de otras prácticas de gestión de personas. La evaluación del desempeño es la clave en la que se basa la carrera profesional y la retribución. Sea cual sea la técnica o elemento empleado para recompensar a los profesionales, debemos considerar un sistema que nos permita discriminar con suficiente criterio la aportación de cada uno de ellos, bien sea por su **nivel de desarrollo profesional**, por su potencial futuro, por la percepción que tienen otros sobre su conducta, por los resultados que consigue, por su contribución a hacer realidad los valores de la organización, por su capacidad de innovar, por la imagen que proyecta hacia el exterior, por el apoyo al desarrollo de su equipo y clientes, por su compromiso, etc.

### 630 Objetivos del proceso de evaluación

El **sistema de evaluación** debe ser apoyado por la Dirección y alineado completamente con la estrategia y objetivos generales del despacho en cada momento.

La evaluación del desempeño debe ser un elemento de motivación y compromiso de los profesionales, ya que **supone**:

- reconocimiento de **logros**;
- fortalecer la **motivación y compromiso** de los profesionales;
- definición de **áreas de mejora**: ayuda en la orientación de la carrera profesional y de desarrollo futuro;
- fijación de **objetivos**;
- canal de **comunicación** entre el despacho y los profesionales;
- **herramienta** para mejorar el rendimiento y la eficacia;
- **involucrar** a las personas con los resultados;



- “alineación” de los profesionales con la **estrategia del despacho**.

### 632 Aspectos a tener en cuenta en la evaluación

El sistema debe medir las **competencias y habilidades** de los profesionales. Es muy importante definir adecuadamente los aspectos a tener en cuenta.

La decisión de adoptar la **gestión** por competencias debe partir de una apuesta de la organización de invertir en el talento. El siguiente paso es definir fielmente en qué consiste exactamente el talento o tipos de talento a potenciar y qué prioridades dar (técnico o de gestión, general, especialista...).

Las respuestas a estas preguntas proporcionan parámetros o especificaciones clave, de carácter estratégico, tanto para el diseño del modelo como para el alcance de su aplicación en las distintas áreas de gestión de personas. En muchas ocasiones los modelos de gestión por competencias no prosperan porque carecen de este elemento estratégico: es posible que hagan referencia a **comportamientos deseables** en cualquier organización pero no necesariamente prioritarios para nuestro despacho.

La definición de los aspectos a evaluación y el peso que se da a los mismos en la evaluación, es una cuestión que debe ser realizada con toda atención, ya que contribuirá a construir el **modelo de despacho**.

### 634 Con carácter general y sin ánimo de ser exhaustivos, entre los **aspectos a evaluar** se incluyen los siguientes:

- **Conocimientos técnicos.** En este bloque se incluyen los conocimientos técnico-jurídicos, conocimientos de idiomas, conocimientos y habilidades en el uso de herramientas informáticas.
- **Habilidades personales:** - habilidades de comunicación: capacidad para comunicarse con clientes, compañeros, etc., tanto verbalmente como por escrito; - capacidad de negociación; - capacidad de manejo de conflictos; - dotes de liderazgo; - capacidad de análisis de los problemas jurídicos; y - trabajo en equipo: capacidad para colaborar con otras personas en el desarrollo del trabajo.
- **Habilidades de gestión:** - capacidad para organizar y planificar; - cumplimiento de vencimientos; - organización profesional del trabajo: delegación y supervisión de asuntos; y - orientación a resultados.

- 636 • **Gestión con clientes:** - orientación al cliente: nivel de satisfacción de los clientes; - capacidad de comunicación con el cliente; y - gestión de los asuntos de clientes.
- **Gestión de los recursos humanos internos:** - desarrollo de las personas; - gestión del equipo; y - formación de equipo.

Todas estas competencias y su nivel de exigencia dependerá, y deberían ser ponderados, en función del nivel de experiencia de la persona a evaluar. No se deberá pedir lo mismo a un abogado recién incorporado al despacho que a otro con más años de experiencia en el mismo.

### 638 Personas a evaluar

La evaluación del desempeño, como herramienta útil de gestión de personas, debería aplicarse a todos los miembros de la organización, evidentemente considerando las particularidades de los diferentes colectivos.

### 640 Determinación de los evaluadores

El evaluador, con carácter general, debe ser el jefe del evaluado. Tendría que tener un **conocimiento directo del trabajo** que ha realizado el evaluado de modo que pueda tener una opinión bien fundada al respecto. No necesariamente tiene que ser alguien con un cargo jerárquico muy superior al del evaluado. Debería primar el concepto de «alcance del trabajo realizado». En este sentido, a veces en los despachos, se utiliza la figura de **evaluación «limitada»** en tanto en cuanto el trabajo realizado en común no es muy extenso o no tiene suficiente alcance. En consecuencia, la evaluación limitada tendrá un peso también parcial en la evaluación global del profesional.

En los despachos en los que las personas trabajan en varios equipos en función de los clientes asignados, del tipo de trabajo, etc., cada profesional debería recibir evaluaciones de los diferentes responsables ya que es muy enriquecedor para un profesional recabar opiniones de varios evaluadores.

### 642 Proceso de evaluación

- **Período de evaluación.** Normalmente en los despachos se realiza un **proceso de evaluación anual** previo al proceso de revisión de las remuneraciones y de la carrera profesional. En ocasiones, y para determinados colectivos (profesionales con menor experiencia), es conveniente realizar otro proceso de evaluación adicional durante el año, de modo que se pueda seguir más de cerca (apoyar, corregir en su caso, formar, etc.) al profesional.
- **Procedimiento de evaluación.** Es muy importante que el procedimiento de evaluación sea conocido por los profesionales.

En la medida en que sea **transparente, claro y equitativo**, va a ser bien percibido, y en consecuencia su valor como herramienta de gestión del talento se va a potenciar.

Normalmente el proceso de evaluación se inicia con una comunicación por parte de la dirección del despacho o del departamento de RRHH, en su caso. En dicha comunicación se concretará el **plazo** para la realización, las personas a las que afecta, los modelos a seguir, las instrucciones para completarlos, etc.

Una vez identificados evaluadores y evaluados, se inicia el período de evaluación en sí mismo.

- 644 Cada evaluador deberá hacer un **ejercicio** profundo y objetivo **de análisis** para emitir su evaluación. Una vez realizadas las evaluaciones individuales, normalmente en los despachos suele haber una reunión de evaluación. En esta reunión de evaluación, estarán presentes los responsables de las personas a evaluar (generalmente se reúnen por grupos de especialidad o equipos de trabajo), de modo que se comentan y analizan las diferentes evaluaciones individuales para llegar a una «global».

Una vez cerrado el proceso de evaluación se celebrará una **reunión de evaluación** con el evaluado. Este es un momento importante, que debe ser correctamente planificado y realizado. En la entrevista de evaluación se traslada al evaluado el resultado de la evaluación, los aspectos fuertes de su desempeño y las áreas de mejora y se establecen objetivos así como el **plan de acción futuro** para conseguirlos.

Esta entrevista de evaluación debe servir para orientar y motivar al colaborador. Adicionalmente, podremos conocer el clima en los equipos y recibir sugerencias de las personas evaluadas.

#### 646 Diferentes tipos de evaluación

a) **Evaluación del desempeño**. Este es el proceso que se ha explicado en detalle en el apartado anterior. Es el más utilizado en los despachos.

b) **Autoevaluación**. Supone la realización por el empleado o profesional de su propia evaluación.

Se le pide a la persona que reflexione sobre sus propias carencias, debilidades y fortalezas. Asimismo, se le requiere para que fije las **áreas de mejora** y las sugerencias para determinar un plan de acción.

Este proceso de autoevaluación, en los casos en que se realiza, forma parte del propio proceso de evaluación y es una fase previa del mismo, de modo que cuando el evaluador va a realizar su evaluación tiene previamente disponible la autoevaluación de su colaborador. Posteriormente, en la reunión o entrevista de evaluación se comentan objetivos y el plan de acción.

- 648 c) **Evaluación «upward feedback»**. Este proceso se conoce como **«evaluación hacia arriba»**. Las personas con menor nivel de experiencia y categoría profesional evalúan a los de mayor rango dentro de la organización del despacho.

Es un proceso delicado y que debe tener en cuenta de forma especial la **confidencialidad** del mismo.

Normalmente los aspectos a evaluar tienen relación con la gestión de los equipos, las dotes de liderazgo, comunicación, delegación, etc.

Este proceso puede dar información muy interesante para la gestión del despacho.

d) **Evaluación 360º**. En este proceso también conocido como **«evaluación integral»**, el evaluado es valorado tanto por profesionales de igual categoría como por los de rango superior e inferior. Es un proceso muy complejo que hoy por hoy se aplica en pocas organizaciones. Es más común en despachos internacionales.

El objetivo de este tipo de evaluación es darle al profesional la información necesaria, desde todos los ángulos, para poder tomar medidas en la mejora de su desempeño y/o su comportamiento, y dar a la organización la información necesaria para tomar decisiones en el futuro.

## J. Compensación

- 650 El término «compensación» tiene en la actualidad un significado muy amplio en la gestión de los recursos humanos dentro de las organizaciones. Hoy es frecuente utilizar la expresión **«compensación y beneficios»** para referirse a esta materia.

En esta cuestión se vienen incluyendo un amplio abanico de conceptos y, así, se habla con frecuencia de «compensación total» o «paquete retributivo» para englobar los distintos elementos, adicionales al salario monetario o en especie, que puede recibir el empleado o profesional y que conviene valorar económicamente en su totalidad para una mejor apreciación por parte del receptor de esa compensación.

En el caso del salario en especie está muy extendida la utilización de **programas de retribución flexible** que permiten la contratación o entrega de determinados productos, bienes o servicios; la optimización fiscal del salario destinado a

estos por el empleado o profesional, aportándole mayor renta disponible. En modelos de gestión muy estructurados es posible hablar de **compensación «a la carta»**, en la medida en que el empleado puede adaptar su compensación global a sus necesidades personales y/o familiares en cada momento.

- 652 Un paso más en la extensión de la compensación hace referencia al concepto de **salario emocional**, que trata de cubrir necesidades psicosociales y afectivas que impactan en la motivación y rendimiento. Cobran importancia cuestiones como el clima de la organización, la comunicación interna, medidas de conciliación de vida laboral y personal, y otras cuestiones relacionadas con la responsabilidad social corporativa.

La compensación es, fundamentalmente, una palanca más para el **desarrollo de la estrategia** en la organización. Así, la retribución no recompensa exclusivamente el puesto y trabajo desempeñado, sino que es un elemento de atracción y retención de talento, de motivación, ayuda a focalizar hacia objetivos y premia contribuciones excepcionales; y es, también, una vía de comunicación entre la organización y las personas (cultura corporativa).

Como punto de partida, la retribución de los empleados y profesionales en una organización vendrá determinada no solo por los perfiles profesionales y los puestos, también por el sector de actividad, el tamaño de la organización, situación del mercado y de la competencia, etc., en definitiva, por las características propias de la organización y del entorno en que presta sus servicios.

- 654 Sin olvidar las consideraciones anteriores, es evidente que para determinar los importes adecuados de salario, es decir, cuánto se pagará en una organización por cada puesto, es preciso conocer el valor de esos puestos y tener referencias apropiadas de comparación. En la gestión propia de recursos humanos es práctica extendida la elaboración del mapa de puestos de la organización, con distintos **niveles jerárquicos**. Para ello será necesario conocer y describir con precisión los puestos y haber realizado una valoración de los mismos (considerando elementos como: formación requerida, competencias, funciones, nivel de responsabilidades, dependencias jerárquicas, etc.) de manera que, una vez establecidas todas la valoraciones, resultará sencillo acudir a **encuestas salariales de mercado** que indicarán las bandas de salario, fijo y variable, así como información sobre los conceptos que pueden componer el esquema de retribución del puesto.

A partir de aquí será, como se decía anteriormente, una decisión estratégica señalar en qué punto de cada banda salarial de referencia en el mercado se quiere, y se puede, situar la retribución interna de cada puesto (p.e. en el *top*, en tercer cuartil, en mediana,... etc.) y la oferta retributiva en conjunto; no hay que olvidar que la partida de salarios en la cuenta de resultados es un coste generalmente muy relevante, que también condicionará la política retributiva general de la organización.

Resulta conveniente revisar en toda la estructura salarial y de forma periódica, tanto la **equidad interna** (en relación con lo que se considera una compensación justa dentro de la estructura retributiva de la organización) **como externa** (en relación con el mismo puesto en el mercado).

La gestión de la compensación requiere la determinación de la estructura salarial descrita, pero también es necesario articular las herramientas adecuadas de evaluación del desempeño y de potencial, los procedimientos de revisión salarial, previsión de carreras profesionales, política de promociones y/o sucesión, formación adecuada, etc., todos estos elementos deben dotarse de la máxima coherencia interna.

- 656 **Concepto de salario. Retribución fija**

El salario se define como la totalidad de las **percepciones económicas**, en dinero o en especie, por la prestación de servicios por cuenta ajena en el marco de una relación laboral, ya retribuyan el trabajo efectivo o los periodos de descanso computables como de trabajo. Se presume salario, *iuris tantum*, toda percepción económica del trabajador, con las excepciones previstas en la normativa laboral ( ET art.26.1 y 2 ).

Se hacía referencia en el capítulo anterior, de forma genérica, a la distinción entre salario en metálico y salario en especie. El salario en especie es una **entrega patrimonial distinta del dinero** (derecho, beneficio o servicio cuantificable) para uso o consumo del empleado; la normativa laboral establece el límite de percepciones en especie en un 30% del salario total.

Conviene también diferenciar el salario en especie de **otros beneficios asistenciales** de carácter social que se puedan recibir de la organización (también llamados beneficios sociales) siendo estos últimos una entrega no diferenciada, es decir, para todos los empleados, o un grupo profesional, categoría o colectivo.

Dentro del **concepto unívoco de salario**, adicionalmente, es preciso distinguir entre el salario base, gratificaciones extraordinarias y los complementos salariales.

Para un estudio detallado de todos estos conceptos en el ámbito de las relaciones laborales, ver nº 7710 s. Memento Social 2018.

- 658 En el plano de la **gestión retributiva** la referencia al salario fijo se sitúa en la parte del salario total que el empleado o profesional recibe como contraprestación a su trabajo y desempeño del puesto, siendo un importe que conoce de antemano, de carácter fijo y consolidado, y es abonado de forma regular. Habrá que atender, no obstante, al contrato

laboral y/o marco colectivo de aplicación para establecer, en su caso, por la **naturaleza de los importes percibidos**, su calificación como salario fijo.

Sin perder de vista los principios, obligaciones y garantías de la normativa laboral, la gestión de la compensación en la organización tiene que permitir la necesaria diferenciación y reconocimiento individual de los distintos **grados de desempeño**. El salario fijo, en el sentido convencional, debe recompensar el puesto y/o los años de experiencia, en su caso, pero no exclusivamente; además, puede establecer diferencias justificadas en la distinta contribución personal de cada empleado o profesional, todo ello siempre de acuerdo a procedimientos y políticas de recursos humanos aplicadas con transparencia, publicidad, garantía de igualdad y coherencia interna.

No obstante, la **recompensa** adecuada por el desempeño de empleados o profesionales en un determinado puesto resulta en ocasiones difícil de concretar, o no es posible alcanzarla atendiendo exclusivamente a la retribución fija. Puede ocurrir que una **contribución extraordinaria** tenga su origen en circunstancias coyunturales del puesto, del mercado o de los clientes, del producto o línea de negocio, etc.; debe analizarse con detenimiento, en estas circunstancias es interesante buscar fórmulas distintas de compensación como pueden ser retribución variable, gratificaciones o *bonus*, y ello permitirá satisfacer las expectativas del empleado o profesional sin necesidad de alterar las escalas de retribución fija, y en consecuencia, los costes fijos del salario.

#### 660 **Retribución variable**

En la gestión de los recursos humanos cobran en la actualidad un desarrollo importante en el seno de las organizaciones y sus políticas retributivas todo un abanico de **fórmulas** de retribución variable, desde un sencillo *bonus* por resultados corporativos hasta esquemas más complejos en base a cumplimiento de objetivos de la organización, de un departamento, o unidad, o por la cantidad y calidad del trabajo individual, etc.

En consecuencia, las posibilidades de **combinación y distribución** de objetivos en el diseño de estas retribuciones variables son múltiples, de forma general se puede optar por combinar objetivos cualitativos y/o cuantitativos con objetivos comunes, individuales o esquemas mixtos.

El **desempeño individual** puede utilizarse como un elemento más dentro de un esquema de retribución variable en combinación con otros objetivos, de grupo, corporativos, etc.; en este caso, su importancia es mayor en tanto que servirá para definir la recompensa a corto plazo por la vía de la retribución variable, y la recompensa a largo plazo por la vía de la carrera profesional y la consiguiente progresión retributiva.

#### 662 Entre las **ventajas organizativas** de un sistema de retribución variable se citan:

- a) **Herramienta de alineación** con la estrategia corporativa.
- b) Estímulo o **incentivo** para alcanzar y superar objetivos.
- c) **Vinculación** entre contribución y reconocimiento.
- d) **Retribución no consolidable**.

No obstante, también deben señalarse posibles **inconvenientes**:

- a) Obliga a **definir objetivos**, condicionantes, contribuciones y su medición de forma precisa.
- b) Requiere una **gestión específica** y seguimiento de recursos humanos y de los responsables de personas y equipos. Mayor complejidad administrativa y financiera.
- c) **Tendencia a** convertirse en una **variable «fija»**. Es conveniente revisar el esquema y objetivos periódicamente.

Por último, es muy importante comunicar de forma clara las características básicas del sistema (objetivos, devengo, pago, etc.).

#### 664 El diseño de una retribución variable por objetivos no es sencillo, exige una cierta **madurez de la organización**, contar con datos históricos de las magnitudes a considerar, realizar análisis de sensibilidad, simulaciones y escenarios posibles. La excesiva complejidad de un sistema puede convertirse en su talón de Aquiles.

No menos importante es el peso que se le atribuirá a la retribución variable sobre la retribución total, esto es, qué parte de su salario tiene «a riesgo» el empleado o profesional. El punto de **equilibrio** es clave y debe considerarse con anterioridad a todo lo demás, en la estructura salarial.

También debe tenerse en cuenta que el tipo de objetivos (individuales vs. colectivos) determina el **nivel de influencia**, más o menos directa, del esfuerzo de la persona en la consecución del objetivo.

Es aconsejable, dentro de lo posible, atender a las siguientes **pautas** con respecto a los objetivos a considerar, **objetivos «MARTE»**:

- a) Preferiblemente cuantitativos, medibles o cuantificables con sencillez.
- b) Ambiciosos, pero alcanzables. Estableciendo máximo/mínimo.
- c) Realistas y medibles. Ponderados en función de su importancia.
- d) Temporalmente bien definidos y acotados.

- e) Específicos, es preferible pocos objetivos, concretos y claros.
- f) En lo posible, objetivos acordados entre el empleado y la organización.

La **escala de consecución** determinará la relación entre el nivel alcanzado de objetivo y la retribución que se obtiene por ello (qué ocurre si se cumplen parcialmente, o se sobrepasan objetivos, etc.). Esta escala es tan importante como los propios objetivos ya que modula el **pago efectivo** que reciben empleados y profesionales. Es estratégico tener presente que los objetivos que se premien mediante retribución variable, condicionarán y determinarán las conductas y comportamientos de los empleados y profesionales (y deben ser consecuentes con los valores y la cultura de la organización).

666 Con respecto al plazo a establecer como periodo de vigencia del sistema, es habitual hablar de **retribución variable a corto y a largo**; entendiéndose por corto plazo los sistemas de hasta un año, y por largo plazo aquellos que se extienden entre 2 y 5 años. La determinación del plazo es una decisión muy relevante y es una herramienta más en la estrategia de compensación, permite también la diferenciación retributiva tanto entre el tipo de retribución variable como entre los distintos niveles jerárquicos de la organización. Los planes a largo plazo tienen, adicionalmente, aspectos fiscales relevantes que se deben considerar en su diseño.

En los despachos de abogados la retribución variable tiene amplia presencia en buena parte de los **niveles de carrera profesional**, por tanto, es un elemento importante a considerar en la oferta retributiva, y con mayor atención en los niveles de más experiencia en tanto que su peso en el total retribución será, a priori, un porcentaje relevante de la misma.

#### 668 Beneficios sociales

Es práctica habitual en las organizaciones la entrega al conjunto de empleados o profesionales, o a la mayor parte de ellos, de una serie de prestaciones, en metálico o especie, cuyo fin tienen un **carácter social** al proporcionar una serie de servicios o ventajas económicas para ellos o sus familias; se perciben por el hecho de pertenecer a la organización y no por causa directa de la prestación de su trabajo.

Su **tipología** es heterogénea: seguros (de vida, médicos, de accidentes), planes de pensiones, ayudas a la escolarización, vales de comida, transporte gratuito, etc.

Los beneficios sociales suponen mayor coste para la organización, pero aportan una serie de necesidades básicas que resultan **motivadoras para los empleados** y atractivas en el mercado frente a otros competidores por el talento.

#### 670 Retribución flexible

La retribución flexible permite a la organización seleccionar y ofertar a sus empleados una serie de **bienes y servicios como parte de su retribución anual**.

Esta fórmula no persigue complementar el salario del empleado o profesional con elementos adicionales, sino maximizar su retribución neta en función de sus necesidades y sin que ello suponga un incremento del **coste salarial** para la organización; esto es posible gracias a las exenciones y al tratamiento fiscal ventajosos previstos en la normativa fiscal para la obtención de dichos bienes o servicios.

**Retribuciones en especie fiscalmente «exentas» (\*):**

- vales comida;
- seguro médico;
- ayuda de guardería;
- ayuda al transporte;
- seguro de accidentes;
- cursos de capacitación;
- seguro de ahorro vinculado a la jubilación.

(\*) Para cada una se ha de estar a los correspondientes límites y condiciones previstos en la normativa fiscal.

672 Las **ventajas** de esta fórmula son tanto para la organización como para los empleados y profesionales y pueden resumirse en:

- a) Para empleados y profesionales: - **incremento** de la retribución neta; - **mayor flexibilidad** para conformar el paquete retributivo; - **facilidad de acceso** a bienes y servicios.
- b) Para la organización: - **aumento salarial** sin coste adicional; - **fidelización**. La implicación de la persona en la elección permite una mayor valoración de su paquete retributivo; - **mejora la competitividad** retributiva frente a los competidores.

#### 674 Compensación de socios

La compensación de los socios en organizaciones de servicios profesionales merece una mención aparte, en particular en lo que se refiere a despachos de abogados. La casuística vendrá determinada por las **características**

**particulares** de los despachos: modelo organizativo, tamaño y número de socios, ámbito geográfico nacional o global (*partnership* internacional), etc.; no obstante se comentan aquí pautas comunes y generalmente aplicadas (nº 300 s.).

La cuestión estará principalmente regulada en el ámbito societario por los estatutos sociales, por la estructura de *partnership* que se adopte y por el **modelo de carrera profesional** para los socios. El modelo de carrera profesional vendrá determinado por la cultura y valores propios del despacho.

Por lo general en los despachos de abogados la forma de retribuir al socio dependerá si se trata de **socios «de cuota»** (los que ostentan una participación en el capital) y cuya retribución total viene determinada por la distribución del resultado del despacho; también pueden existir socios «de cuota parcial», que tendrán una parte de su retribución prefijada y otra parte vinculada al resultado. En algunos despachos se puede encontrar, adicionalmente, la figura del **socio «sin cuota»** (también llamados socios nominales), o figuras asimiladas de *counsel*, que no están considerados en la distribución del resultado, siendo su retribución habitualmente una cantidad fija y una variable sujeta al cumplimiento de determinados objetivos.

676 En la terminología propia de los despachos se utiliza el término *lockstep* para referirse a un sistema de compensación de socios de carácter cerrado, donde la progresión del socio dentro del modelo está básicamente definida en función de su *seniority*, por la antigüedad del socio, con relativa independencia de la **contribución personal al negocio**, este modelo es solidario y busca ser equitativo para el conjunto de socios, aporta estabilidad, pero puede penalizar y no satisfacer las expectativas de socios con un desempeño y contribución excepcional; en sentido opuesto, encontramos sistemas más individualistas donde fundamentalmente la contribución del socio a los resultados del despacho determina su compensación (sistema meritocrático), estos esquemas prevén reconocer al socio excepcional, fomentando el desempeño individual, que puede ir en detrimento de la colaboración entre socios y/o de sus áreas de negocio, minando la solidaridad del colectivo. Existen, como es natural, modelos intermedios que tratan de aprovechar las ventajas y reducir los inconvenientes de los modelos anteriores, introduciendo y combinando elementos adicionales a la mera antigüedad o los exclusivamente económicos, considerando la consecución de objetivos personales y colectivos así como la evaluación regular de los socios, aportando el equilibrio adecuado al modelo; de tal forma que, en general, los modelos cerrados de antaño han venido moldeándose para introducir fórmulas que reconozcan las contribuciones excepcionales de carácter individual, aun tratando de mantener un esquema previsible que aporte estabilidad al colectivo de socios.

En el caso de los socios de cuota total o parcial, y en organizaciones con un mayor número de socios, la compensación de estos suele articularse a través de la **atribución individual de derechos económicos** a cada socio mediante «unidades». Por una parte, el número de unidades asignadas vendrá determinado por el esquema de compensación antes referido que, además, puede prever funciones de *management*, etc.; por otra parte, la unidad tendrá un valor monetario en función de los resultados económicos del despacho; por tanto, la compensación individual del socio se modula total o parcialmente en base a dos factores: el número de unidades asignadas y el valor monetario de la unidad determinado por los resultados económicos del despacho.

Las precisiones y diferencias entre los **tipos de socios** estarán determinadas tanto por los derechos políticos como por los derechos económicos aquí brevemente expuestos.

Con carácter general, los derechos económicos llevarán aparejados estatutariamente una serie de obligaciones del socio en relación con la financiación del despacho y prestaciones accesorias.

Por último, es importante la regulación de la **separación y/o salidas de socios**, edad de retiro, etc., que determina también el propio modelo de carrera y compensación de socios.

## K. Gestión de equipos

### 678 Relevancia y forma del trabajo en equipo en los despachos

Como en todas las profesiones, se ha de esperar que el **resultado** del trabajo en equipo sea superior que el trabajo individual de cada una de las personas que lo componen, bien sea por la distribución del trabajo que optimice las cualidades de cada miembro, bien sea por la posibilidad de realizar de forma más rápida y efectiva el trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el trabajo en equipo, en el caso de los abogados, tiene fundamentalmente dos razones de ser:

- 682
- **Especialización - Trabajo en equipos horizontales:** el Derecho se ha convertido en un campo de especialización demasiado amplio para que un abogado pueda ser un experto en todas las materias que pueden afectar a un mismo asunto. Así, un **abogado especialista** en Derecho Fiscal puede tener conocimientos en mayor o menor medida de Derecho Mercantil, Laboral o Administrativo, pero de cara a asesorar en un tema complejo será aconsejable que recabe la opinión de un especialista en cada una de esas materias, de forma que la calidad de su asesoramiento esté basado en la opinión más experta y profesional que se pueda dar.

Los despachos de abogados, sobre todo los despachos grandes, son actualmente el ejemplo de esta división del trabajo de sus profesionales con el objeto de que sus clientes cuenten con verdaderos especialistas en cada materia. De cara a asesorar a un cliente es, por tanto, esencial que se pongan en común los diferentes puntos de vista de varios especialistas y, en consecuencia, que el trabajo sea el resultado de su **esfuerzo colectivo** de forma que ningún potencial efecto jurídico de la reclamación, operación, cuestión o litigio planteado quede fuera de la consideración y recomendación que se haya de hacer al cliente.

Esta especialización entre abogados se ha producido no solo en función de la rama del Derecho concreta a la que cada uno se dedica (Mercantil, Fiscal, Penal, Administrativo, etc.) sino incluso teniendo en cuenta el **sector** en el que sus clientes desarrollan su **actividad**. A estos efectos, los despachos están desarrollando grupos que concentran a varios especialistas de diferentes ramas que, a su vez, convergen para conocer íntegramente el marco normativo que afecta a una determinada actividad y los **aspectos prácticos y de negocio** que son más relevantes para dicha actividad, de forma que los clientes tengan como interlocutores a grupos de abogados que compartan su conocimiento del mercado y que les puedan prestar un asesoramiento jurídico muy práctico y cercano a su actividad habitual.

Para que los objetivos del trabajo en equipo horizontal se alcancen es esencial que se determine claramente un abogado, que actuará de coordinador en cada equipo, de forma que sirva de aglutinador de los diferentes puntos de vista y, además, ejerza el liderazgo funcional del equipo.

- 684
- **Eficiencia - Trabajo en equipos verticales:** la mejora de las **capacidades y habilidades de los abogados** hace que determinadas tareas que pueden realizar en sus primeros años con esfuerzo, se conviertan en mecánicas para abogados con más experiencia y que podrían dedicar su tiempo a realizar tareas más complejas o que requieran una mayor preparación. Es en este contexto cuando surge la oportunidad de optimizar la eficiencia de los despachos de abogados, uniendo a **profesionales de mayor y menor experiencia** de forma que se distribuyan las tareas para que se pueda aprovechar al máximo el talento y las habilidades de los abogados con mayor experiencia, permitiendo que estos últimos concentren sus esfuerzos en profundizar en el asesoramiento de calidad a los clientes.

El trabajo en equipos verticales es, en numerosos casos, una herramienta esencial para desarrollar las **aptitudes de liderazgo** de los profesionales, así como para permitir que dichos profesionales puedan transmitir de forma adecuada sus conocimientos a los abogados con menor experiencia. A estos efectos, el trabajo en equipos verticales permite que los profesionales con mayor categoría puedan corregir y mejorar las capacidades de los profesionales con menos categoría de forma constante, mediante la interacción recurrente con los mismos.

El trabajo en equipo permite a los profesionales alcanzar el objetivo básico de prestar un **mejor servicio al cliente** pero, al mismo tiempo, posibilita que las personas involucradas obtengan claros beneficios dado que:

- **intercambiarán sus experiencias** y conocimientos lo cual mejorará su preparación y sus habilidades técnicas; y
- es un instrumento básico para dar **cohesión** a los despachos favoreciendo que sus profesionales se relacionen en un entorno de confianza y cooperación.

Todo ello redundará en beneficio de los clientes que reciben un asesoramiento rápido, riguroso y de calidad, a un mejor precio más rentable, debido al reparto adecuado del trabajo.

#### 686 La distribución del trabajo entre los profesionales del despacho

La distribución del trabajo entre los diferentes profesionales constituye la base sobre la que se asientan los equipos horizontales y verticales. Para ello, idealmente, los profesionales deberían completar los **pasos** que se detallan a continuación antes de distribuir el trabajo asociado a cada asunto que se somete a su atención. Es muy relevante entender que estos pasos no son estáticos, se han de revisar y realizar nuevamente tantas veces como sea necesario a lo largo del tiempo en el que se desarrolla un asunto, conforme el mismo pueda evolucionar en función de las **actuaciones del cliente**, la contraparte o las propias conclusiones que los profesionales involucrados hayan alcanzado en cada momento.

- 688
1. **Determinación del ámbito de actuación:** antes de que se distribuyan las **tareas** es esencial saber qué comporta el asunto que ha sido sometido a la consideración del despacho y que implicaciones tiene, sobre todo, a la hora de determinar tanto su naturaleza jurídica como las diferentes tareas que se ha de realizar y los plazos en que las mismas han de quedar completados.
  2. **Determinación de los trabajos concretos a realizar:** antes de distribuir, horizontalmente o verticalmente, las tareas, es necesario **concretar cuáles son**, qué se espera conseguir con cada una de ellas, el impacto que unas tienen sobre otras y la prioridad de las mismas.
  3. **Determinación del equipo:** es la fase más crítica en cuanto que deben tenerse en cuenta muchos **factores** que podrían resumirse en los siguientes:
    - El **grado de disponibilidad:** es esencial que los profesionales implicados puedan dedicar el tiempo suficiente a las tareas encomendadas para asegurarse de que el resultado es de la máxima calidad.

- El **área de especialización**: como se ha señalado, una vez determinadas las áreas que van a estar involucradas se ha de contar con los profesionales adecuados que sean expertos en las materias que van a ser objeto de análisis o que pueden tener impacto en las tareas a realizar.
- La **experiencia profesional**: determinadas tareas van a requerir mayor o menor experiencia y habilidad técnica de los profesionales involucrados por lo que es esencial que las mismas se distribuyan de forma que cada profesional realice tareas acordes con su capacitación profesional, buscando la máxima eficiencia y rentabilidad. A este respecto es esencial determinar en estos momentos el organigrama funcional del equipo para saber cómo ha de fluir la información y como se ha de producir la revisión del trabajo una vez que se vaya completando cada una de las tareas.

690 4. **Ordenación de los hitos concretos**: Una vez completados los pasos anteriores es esencial que el profesional que se ha encargado de coordinar el trabajo realice la **distribución efectiva de las tareas** y establezca un **calendario concreto de hitos**, plazos y metas que el equipo asuma como propios. En este paso es esencial que la comunicación con el equipo sea clara, de forma que cada uno de los miembros no tenga ninguna duda de lo que se espera ellos y en qué momento concreto ha de realizarlo. A este respecto, el coordinador del equipo tiene que establecer para sí mismo un orden de revisión del trabajo y un plan de seguimiento del mismo que le permita corregir a tiempo cualquier desviación sobre el plan de trabajo propuesto.

En todo caso, como se ha indicado en el apartado anterior, una vez que el trabajo se ha realizado, para poder extraer los **beneficios** que el trabajo en equipo trae consigo, es esencial que sus miembros se reúnan a los efectos de analizar el resultado del mismo y corregir cualquier desviación del resultado producido tanto a efectos internos, para que los profesionales de más categoría o más especializados puedan transmitir sus conocimientos, como externamente, para poner en común la forma en que el cliente ha percibido el trabajo realizado y su grado de satisfacción con el mismo.

#### 692 Aspectos esenciales de la dirección de equipos

La capacidad, productividad, prestigio, solvencia y, en suma, éxito de los despachos profesionales está determinada por su único **factor productivo**: las **personas**.

a) **Motivación**: es básico que los integrantes de los despachos profesionales con responsabilidades de dirección (tanto a escala de pequeños equipos como a escala del despacho en general) sean capaces de motivar a los profesionales con talento y obtener de ellos el máximo resultado y compromiso. Para conseguirlo tiene que hacerse una **doble labor** de motivación:

- **activa**, mediante actuaciones concretas con los profesionales, formándoles, animándoles y siguiendo de cerca su evolución; y

- **pasiva**, siendo un modelo a imitar y un ejemplo a seguir para el resto de profesionales.

A este respecto, dado el grado de exigencia que tienen los despachos profesionales y el aspecto marcadamente personalista, es determinante para la motivación e inspiración de los equipos que las personas que ocupan puestos de responsabilidad en cada momento cuenten con el respeto y admiración de todos sus integrantes, obtenido por su **solvencia técnica**, los valores que demuestra y su **éxito profesional**. Por ello, de cara a elegir a las personas que han de dirigir los diferentes sectores de actividad de un despacho (ya sean equipos, áreas, departamentos, industrias o el propio despacho), es esencial valorar el prestigio, los valores y la capacidad profesional de las personas escogidas. Sin perjuicio de lo anterior hay que tener en cuenta que los profesionales más cualificados no son siempre los mejores directivos para una empresa. Gestionar un despacho de profesionales exige unas aptitudes que no son las mismas que las que puede exigir una exitosa labor de asesoramiento a un cliente.

694 b) **Capacidad de escucha, comunicación y de recepción**: es esencial que las personas que ocupan puestos de dirección sepan escuchar y hacer entender cuáles son sus intenciones, dar mensajes claros y unívocos y, al mismo tiempo, buscar activamente que los profesionales les hagan saber sus pareceres sobre la marcha del despacho, sobre su propia carrera profesional y les transmitan sus sugerencias de cara a la **mejora** de la marcha del **despacho**.

Los profesionales de los despachos tienen que percibir que hay una **dirección** clara en la forma en que se están gestionando los diferentes aspectos del despacho en línea con la misión y valores del mismo y, al mismo tiempo, que sus opiniones, sin ser determinantes, son relevantes a la hora de toma de decisiones. Por otro lado, los profesionales que tienen responsabilidades en los despachos han de recibir todas las opiniones que sea posible pero sin dejarse influenciar.

c) **Espíritu integrador**: en equipos personalistas es necesario que se busque que cada paso que se da tenga por objetivo aunar los diferentes puntos de vista y obtener un resultado que impulse al resto de profesionales a compartir dicha visión. En organizaciones donde cada profesional puede llegar a ser el dueño (es decir, socio) es muy relevante que dichos profesionales hagan suyas las **decisiones empresariales** se impliquen y se sientan implicados en cada momento por el proyecto que se está poniendo en marcha. Los integrantes de este tipo de entidades tienen muchas expectativas tanto respecto a su carrera profesional como en cuanto al **crecimiento** de la **empresa** para la que



trabajan, por lo que es esencial que sientan que cada paso que se da ha tenido ambos objetivos en cuenta y que, por tanto, va suponer un avance en dichos ámbitos.

- 696 d) **Renovación y transmisión de valores:** Es necesario que se desarrolle una «cultura» del liderazgo en el despacho de forma que la gestión y dirección basada en los anteriores pilares se transmita de forma constante a todas las categorías profesionales. Los socios de los despachos profesionales y, con mayor constancia, los socios directores, tienen que buscar que los profesionales que se incorporan a la organización compartan los mismos valores y, en la medida de lo posible, compartan la forma de entender el trabajo que tiene el despacho. Asimismo, en ese espíritu de hacer cada día mejor el despacho, es muy relevante que los procesos de selección traten de forma continua no de contratar profesionales que sean válidos, sino de contratar profesionales que sean aún mejores (o que puedan serlo en el futuro) que los profesionales que ya hay en el despacho.

## L. Gestión de clientes

- 698 En las **firmas de servicios profesionales**, como es el caso de los despachos de abogados, no es suficiente con que los abogados sean unos excelentes juristas, capaces de gestionar, formar y retener a sus equipos y con habilidades sociales para el trato con clientes y «*open-minded because we are living in an era of unprecedented technological change*». Además tienen que desarrollar su propia base de clientela y compartirla con el resto de abogados. El paso previo es hacerse y desarrollar una red de contactos. «*What frequently distinguishes law firms, particularly when the work is genuinely bespoke, are the personal relationships that lawyers have with those they advise*» (Susskind, 2013).

### 700 «Networking»

El *networking* consiste en «*Developing a group of acquaintances and associates and keeping it active through regular communication - for mutual benefit*». «How can I help? not What can I get?»; «Long term not Immediate»; «Relational not Transactional» (Fuente: Chris Scooble, Esprima consulting).

Para conseguir desarrollar una **base de clientela**, el abogado tiene que comenzar desde el inicio de su carrera profesional a desarrollar una importante red de contactos y colegas. Esta red le puede permitir ir ganando notoriedad y reconocimiento en el mercado legal.

### 702 «Business development»

En nuestro **actual mercado**, es cada vez menos frecuente que los clientes «llamen a la puerta» de los despachos. Por tanto, son los abogados los que tienen que «**salir a buscar**» clientes y ofrecerles sus servicios para que los contraten. Esto es lo que se viene denominando «hacer BD» («*business development*», desarrollar el negocio).

Los abogados de distintos despachos compiten entre ellos para conseguir la defensa de un caso o el asesoramiento en una operación. Para ello, tienen que presentar sus servicios y proponer sus honorarios a clientes y potenciales clientes. En muchas ocasiones las propuestas y presentaciones se realizan por invitación del cliente a través de una «subasta» o lo que se denomina un *pitch*. Los clientes asumen un nivel similar de excelencia y calidad entre los distintos despachos oferentes, por lo que valoran la **experiencia del despacho** en asuntos similares, el servicio al cliente, la empatía, la buena relación calidad-precio, el conocimiento del sector, del negocio, los valores y políticas de RSC y en muchas ocasiones el carácter internacional y multidisciplinar del despacho.

Una vez conseguido un cliente, es clave **fidelizar** la relación, ganarse su confianza. La confianza es bidireccional, «*Trust is a two-way street, as are respect and commitment*» (Jay Lorsch). La recompensa para el cliente consiste en una mayor satisfacción y mejores resultados y para el abogado es el desarrollo de sus habilidades e incremento de su reputación.

## M. Gestión financiera individual

- 704 «*Its not that price doesn't matter; its that results matter more*» (Lorsch-Tierney). Los clientes valoran el resultado. Los despachos también. Por otra parte, como indica Susskind, «*One central question...: to what extent can lawyers' work be undertaken differently- more quickly, cheaply, and efficiently, but to a higher quality- using alternative methods of working? That is a key question of the day.*» (Susskind, 2013) uno de los 3 motores del cambio en los próximos años, va a ser el reto del más por menos, «*the 'more-for-less' challenge -how can clients, working with their external law firms, deliver more legal services at less cost?*». Este reto va a cambiar la manera en la que trabajan los abogados.

Actualmente, los despachos cuentan con **herramientas** que ayudan a los abogados a registrar su trabajo, a los socios a **facturar** y al despacho a analizar los resultados. Los despachos suelen elaborar anualmente un **presupuesto** que se obtiene sumando el número de horas facturables de cada abogado multiplicado por su rate -tarifa horaria- (*gross income budget*) al que suelen aplicar un ajuste (*net income budget*). Los resultados del despacho se miden internamente comparando la facturación obtenida con el presupuesto anual (nº 880 s. ). No obstante, el **rendimiento**

de los **abogados** no se mide únicamente por los resultados financieros alcanzados individualmente por cada abogado, sino que también se tienen en cuenta otro tipo de contribuciones realizadas por el abogado a la firma.

#### 706 Registro de horas

Los abogados utilizan herramientas informatizadas para **registrar por minutos** el trabajo que realizan para sus clientes y cuentan con una guía específica sobre cómo registrar el trabajo facturable, tiempo (minutos asignados a cada cuestión), detalle del asesoramiento (*narratives*). Esta información es procesada, normalmente con carácter mensual, para la facturación de cada asunto al cliente. Adicionalmente, los despachos están integrando **herramientas de gestión** de proyectos *Legal Project Management* para calcular sus honorarios y facturar a sus clientes.

#### 708 Objetivos

Cada despacho tiene fijados unos **objetivos económicos anuales** para sus abogados. Estos objetivos suelen variar en función del nivel de experiencia de los abogados (*seniority*) y adoptan distinta terminología, la más habitual es la indicada a continuación:

- a) **Horas facturables** (*chargeable hours*): horas objetivo anuales a dedicar a clientes.
- b) **Horas no facturables** (*non-chargeable hours*): horas no cargables a clientes, tales como formación, desarrollo de clientes (*business development*), gestión del conocimiento (*KM*), Pro-bono (asesoramiento a fundaciones, asociaciones sin ánimo de lucro o personas sin medios, por las que el despacho no cobra honorarios), etc.
- c) **Tarifa horaria** (*rate*): es el precio/hora asignado a cada abogado por su nivel de experiencia (*seniority*).
- d) **Utilización** (*utilisation*): es el porcentaje de horas dedicadas a clientes sobre el total de horas facturables objetivo/año y mide el grado de ocupación del abogado en asuntos facturables.
- e) **Dedicación horaria** (*availability*): es la dedicación a horas facturables de cada abogado; si el abogado trabaja a tiempo parcial su dedicación será inferior al 100%.
- f) **Realización** (*realisation*): es el ratio entre el precio al que se facturan las horas respecto a la tarifa horaria individual.
- g) **Presupuesto anual** (*budget*): es el objetivo anual de facturación de cada abogado en función del número de horas facturables objetivo/año por la tarifa horaria.

### N. Gestión del conocimiento

710 Según Davenport: «*Knowledge management is the process of capturing, distributing, and effectively using knowledge*» (Davenport, 1994). Posteriormente, el Gartner Group realizó una segunda definición que suele ser la más citada: «*Knowledge management is a discipline that promotes an integrated approach to identifying, capturing, evaluating, retrieving, and sharing all of an enterprises information assets. These assets may include databases, documents, policies, procedures, and previously un-captured expertise and experience in individual workers.*» (Duhon, 1998)

El conocimiento, el «**know-how**», es un valor intangible que los despachos de abogados atesoran, cuidan, clasifican y sistematizan. Son conscientes de que desarrollar una cultura de «conocimiento compartido» a través de sistemas de gestión del conocimiento les dará una ventaja competitiva frente al resto.

En esencia, es la puesta en común de las experiencias de asesoramiento (en forma de dictámenes, notas prácticas, modelos, precedentes, biblias, y otros documentos) lo que permite construir un «**conocimiento colectivo**» sólido, riguroso, actualizado, y ajustado a las necesidades de cada equipo. Las ventajas del tratamiento eficiente del *know-how* de la firma se traducen en un ahorro de tiempo y en un aprendizaje y actualización continua.

El **uso de modelos** es un método que permite al despacho reducir el tiempo de respuesta así como minimizar el riesgo legal, mediante un estricto control de la calidad de sus documentos estándar que están permanentemente revisados y actualizados.

Los despachos suelen contar con **profesionales especializados** en la gestión del conocimiento que se ocupan, además de la gestión del fondo bibliográfico, de las bases de datos, repositorios internos y de los recursos formativos. la biblioteca, hemeroteca digital, formación, bases de datos, formularios, modelos y precedentes. «*This is the process of capturing, nurturing, and sharing the collective know-how and expertise of a group of lawyers. The motive here is to avoid duplication of effort and to build an institutional memory that is superior to the recall of any individuals, no matter how talented. Knowledge management is one of the central jobs of professional support lawyers, a key group of legal specialists who work in major law firms, especially in the UK.*» (Susskind, 2013).

#### 712 Formación

«El conocimiento es uno de los pocos activos, si no el único, que no pierde valor cuando se comparte. Al contrario, el valor del conocimiento aumenta con la difusión del mismo» (Casas Domínguez, 2009).

Los abogados tienen que ocuparse y preocuparse de su **formación continua** para estar siempre al día de las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales y prestar un **asesoramiento riguroso completo** y de calidad a sus clientes.

Los despachos suelen impartir también internamente formación a sus abogados con programas muy completos que cubren desde la formación jurídica hasta la formación en habilidades. Además dentro de estos programas de formación también se suelen incluir las políticas y guías internas de la firma.

No obstante, una gran parte del **trabajo legal repetitivo y rutinario** que hasta el momento se reservaba a los abogados más jóvenes como fuente de aprendizaje, está comenzando a ser asumido por otros profesionales (como paralegals) o incluso se externaliza o computariza. Ante tal panorama, se plantea la cuestión de cómo podrá un abogado joven convertirse en un experto. En este sentido, es crítico el aprendizaje *on the job*: «*There is greater evidence that young lawyers learn their trade by working closely with, and observing, legal experts in action.*» (Susskind, 2013).

Los despachos suelen impartir también **formación interna** a sus abogados con programas muy completos que cubren tanto la formación jurídica como la formación en habilidades (liderazgo, delegación, gestión de personas, project management, etc.). Además dentro de estos programas de formación también se incluyen políticas y guías internas de la firma. Asimismo, la tendencia actual es acompañar estos programas de formación con «**e-learning**», con programas de «**mentoring, coaching y sponsorship**» así como programas de «**secondment**» (estancia en una oficina internacional) que colaboran en el desarrollo profesional y personal de los abogados.

#### 716 Formatos, formularios y modelos

Los despachos de abogados tienen una identidad corporativa, un estilo propio para diferenciarse del de sus competidores. Cuentan con **plantillas**, formularios y formatos que todos los miembros del despacho tienen que utilizar en su día a día.

Asimismo, partiendo de documentos jurídicos internos, se generan **modelos** anotados que pasan un control de calidad previo por parte de los socios responsables de los equipos. Esto permite a los abogados la elaboración y redacción de documentos jurídicos de gran complejidad y calidad en un tiempo récord, para prestar a sus clientes un servicio no solo excelente sino rápido. En algunos despachos hay juristas o abogados dedicados en exclusiva a la producción de modelos y formularios para el despacho (*professional support lawyers*, PSL).

#### 718 Precedentes

Entre el conocimiento más importante con el que cuenta un despacho se encuentran los precedentes. Se trata de la documentación jurídica correspondiente a la **experiencia del despacho** en relación a casos concluidos y operaciones ya cerradas. Se suelen agrupar en archivos denominados «biblias».

Se trata de una documentación clave que pueden utilizar los abogados para producir nuevo conocimiento, una vez revisados y actualizados.

### Ñ. Plan de carrera

720 El abogado tiene que ser consciente de que a medida que va adquiriendo experiencia y conocimientos ha de ir identificando las **áreas del Derecho** en las que va a **especializarse**, sectores y clientes objetivo. Eso le permitirá planificar su carrera profesional dentro del despacho.

El plan de carrera deberá cubrir varias cuestiones: áreas de especialidad, programa de formación, plan de desarrollo y captación de clientes y negocio y, por supuesto, un análisis DAFO (debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades «*SWOT*») que ayude a identificar áreas de mejora y fortalezas y a avanzar y evolucionar a lo largo de la vida profesional y no vivir anclado en el presente ni en el pasado. Es importante **comentar** el plan de carrera con otro profesional del despacho y con el/los socios del equipo para conocer sus puntos de vista y convertir el plan en realidad.

«*In short, understanding that there are two (or more) sides to every story gets us prepared to change. When we realize that the single story we've been telling ourselves can be limiting, we start thinking of other possible interpretations. We get in the mood to move forward and create a network of support. We begin to look for a particular person who will take us by the hand and care for us more than we care for ourselves. That is the next step in the process of getting unstuck and moving on to where we want to go*» (DeLong, T. J., 2011).

## Bibliografía

- Casas Domínguez, I. y otros, «*Gestión del Conocimiento en Despachos de Abogados*», Thomson Reuters, 2009.
- González-Espejo, M. J. «*Gestión de las Personas en Despachos de Abogados*» Thomson Aranzadi, 2007.

- Jay, W. Lorsch y Thomas, J. Tierney, «*Aligning the stars*» Harvard Business School Press, Boston 2012.
- Thomas, J. DeLong, «*Flying without a net. Turn fear of change into fuel for success*». Harvard Business Review press, 2011.
- Susskind, Richard (2013-01-10). *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future* (p. 53). OUP Oxford. Kindle Edition.

CAPÍTULO 5

# Marketing jurídico, régimen de publicidad y comunicación institucional

740	A. Introducción	742
	B. Aclaraciones conceptuales previas	744
	C. Teoría de las 4 Ps	750
	D. Marco estratégico	774
	E. Introducción a la teoría de la comunicación	800
	F. Identidad corporativa	804
	G. Edición de publicaciones corporativas	816
	H. Relaciones públicas	820
	I. Venta personal	824
	J. Desarrollo de actividad docente	826
	K. Patrocinios	828
	L. Publicidad tradicional	832
	M. Relaciones con los medios de comunicación	836
	N. Premios, rankings y directorios	840
	Ñ. Desarrollo de negocio vía Internet	854
	O. Responsabilidad social de la abogacía	876

## A. Introducción

742 Un reto: explicar en un capítulo las **claves** del **marketing jurídico** y dedicar una especial atención a dos temas: la publicidad y la comunicación institucional. Si bien es esta del marketing y la comunicación jurídica, una asignatura que no ha alcanzado aún la madurez, lo cierto es que en los últimos tres años, posiblemente como consecuencia del cambio de ciclo económico y algunos otros acontecimientos -como los escándalos financieros que han impactado de forma directa en el mercado legal y la cantidad de profesionales del marketing que ha puesto sus ojos en este- parece que por fin no está lejos de alcanzarla. A la mayoría de los abogados, jueces, notarios, procuradores y otros profesionales, que de una u otra forma prestan servicios jurídicos, les bastaba por lo general hasta hace sólo unos años, con saber de lo suyo, es decir con conocer bien las leyes y procedimientos que exigía hacer su trabajo, esto es **defender el interés de sus clientes**, juzgar, dar fe, etc.

La **mayor competencia**, fruto esencialmente de la **liberalización** y de la entrada de operadores extranjeros en el mercado; de las exigencias de los clientes y de la influencia que han tenido en el sector otros sectores, han obligado a los despachos y abogados, bien a interesarse por estas materias y a aprender sobre ellas, bien a contratar a profesionales capaces de asesorarles. Se debe entender que resulta imposible resumir en unas pocas páginas, lo que otros estudian durante cuatro y más años de carrera universitaria -dedicada por ejemplo al marketing, al periodismo, la comunicación audiovisual o la publicidad-. Por tanto, se han seleccionado aquellos aspectos que se consideran fundamentales en estas disciplinas, y que pueden servir como punto de partida para quien se inicia en las mismas. Se aconseja, a quien interese profundizar en la materia, que complemente su lectura con la de algunas de las otras obras que encontrará disponibles tanto en español como en inglés dedicadas al marketing, la comunicación y el **desarrollo del negocio jurídico**.

## B. Aclaraciones conceptuales previas

- 744 Es habitual calificar a la actividad que es objeto de este capítulo como «**marketing jurídico**», aunque también se usen con idéntico fin, otras denominaciones como «**marketing legal**», «comunicación jurídica» o «legal» y «desarrollo de negocio». Y es que existe cierto nivel de confusión sobre estos términos y cada uno, opta por utilizar aquel que considera más descriptivo de la actividad que realiza o con el que se siente más cómodo. En nuestra opinión, de poder elegir, habría que quedarse con este último: **desarrollo de negocio**, por su capacidad de describir el fin último para el que se realizan todas las **diferentes actividades** que pueden llevarse a cabo por un profesional del Derecho (para beneficiarse a sí mismo, si ejerce de forma individual o también al despacho, si lo hace de forma colectiva) o por uno especializado en mayor o menor medida, en otras materias como periodismo, empresariales, comunicación audiovisual, etc. y contratado por la firma con el fin de promocionarla. En todo caso, se elija la denominación que se elija, el fin es el mismo: promocionar el servicio que se ofrece, fortalecer la reputación de quien lo presta, y así, ser finalmente escogido como **proveedor** de los servicios jurídicos que deseamos prestar.
- 746 En primer lugar se debe matizar que ni el marketing ni la comunicación que se realizan son «jurídicos» ni «legales», en sentido propio (que no se me malentienda, es obvio que deben ser «legales», por que lógicamente tienen que respetar el marco jurídico vigente, por ejemplo en lo relativo a protección de datos, LSSI, competencia desleal, Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial o la relativa al uso de las *cookies*, así como lo que establecen las normas deontológicas que regulan la materia), sino que, digamos que, son **corporativos** (cuando su objetivo es promocionar la organización constituida por una serie de profesionales bajo el paraguas de una marca y de otros bienes, como los espacios físicos que comparten y a través de los que se prestan servicios jurídicos de forma colectiva) o **de profesionales** (cuando su objetivo principal es promocionar a un abogado o abogados determinados) o de **servicios profesionales jurídicos** (si se refieren al objeto de la prestación: derecho civil, mercantil, fiscal, etc.). Si se trata del primer tipo de actividades, estas podrían agruparse bajo el nombre **marketing de despachos** y si lo fueran de un profesional, el término más adecuado para describir la actividad, sería «**marketing de abogados**».

Se abordan más adelante dos materias adicionales: la publicidad y la comunicación institucional. La primera se define perfectamente en la Ley General de Publicidad como «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» ( L 34/1988 art.2 ).

La amplitud de las actividades incluidas en esta definición, permite recoger en la misma, el segundo tipo de actividad que se analiza: la de la **comunicación institucional**. Y es que conceptualmente las barreras entre una y otra actividad son cada vez más difusas. Esto es debido, sobre todo, a la aparición de Internet y a la grave crisis que está experimentando el sector de los medios de comunicación. Podría decirse que mientras que la publicidad exigiría el pago de un importe al medio de comunicación escogido para realizar la promoción; la comunicación se realizaría simplemente interesando a este en nuestra información y logrando que la publique. Sin embargo, hoy se firman cada vez con más frecuencia **acuerdos** con los medios de comunicación que conllevan el establecimiento de relaciones estables, bajo diversos modelos de patrocinio, basadas en el pago de un precio a tanto alzado, a cambio del cual, el medio se compromete a dar cobertura a las informaciones que se le suministren (obviamente reservándose el derecho a adoptar la decisión última sobre si publicar algo o no). Este tipo de acuerdo **rompe** de forma clara la **barrera** tradicionalmente existente entre la publicidad y la comunicación institucional y cubre de forma muy acertada las necesidades de las firmas de abogados.

- 748 La abogacía ha vivido durante muchos años de espaldas a la **actividad publicitaria**, respetando la prohibición establecida en el estatuto. Sin embargo, en los últimos años, gracias a su eliminación, el sector se ha lanzado, en algunos casos, realizando importantes campañas publicitarias e inversiones y rompiendo así, ya para siempre, el tradicional «perfil bajo» de los profesionales del Derecho y de las firmas que los agrupaban. Como veremos más adelante, son muchas y variadas las formas que utilizan los despachos para promover sus servicios y la existencia de Internet ha catapultado su importancia y su uso.

Otros conceptos que hay que entender, son los de realidad, percepción e imagen. Debemos tener claro que no somos lo que somos (la realidad), sino lo que los otros consideran que somos (la percepción). En consecuencia, es necesario diferenciar entre **imagen** (conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad), **percepción** (imagen que de algo se almacena en nuestra mente), **realidad** (existencia real y efectiva de algo). Y el responsable de promover algo tiene que tener como objetivo principal: conseguir que los principales «**stakeholders**» (término traducido habitualmente como «grupos de interés») de su organización, la perciben con la imagen que de ella se quiera proyectar y de igual forma, cuando se trata de promocionar la imagen de un profesional, el objetivo será, lograr que este sea percibido con la imagen que se desea proyectar de él.

Y ¿qué se puede hacer para conseguirlo?: realizar esencialmente un buen análisis previo de nuestra identidad, identificando nuestros puntos fuertes y las debilidades y sobre todo, aquello que se hace mejor que los competidores

y en lo que destacamos y nos hace distintos a ellos, es decir lo que los anglosajones llaman USP (*Unique Selling Proposition*) y aquí en España, «**atributos**». A partir de esos «atributos», que hacen mi oferta o propuesta de servicios única para el cliente (en adelante usaremos este término para referirnos a la globalidad de los grupos de interés *stakeholders* que tenga la firma: clientes actuales y potenciales, candidatos, empleados, proveedores, etc) y una vez definidos también nuestros factores clave de éxito (*Key success factors*), es decir, aquello que hace que el cliente nos escoja porque le ofrecemos lo que busca, podemos articular el **marco estratégico** de desarrollo de negocio (o plan de desarrollo de negocio o de marketing y comunicación, según se prefiera llamarlo) de la organización.

### C. Teoría de las 4 Ps

750 Ya en el año 1971 el norteamericano McCarthy acuñó una teoría imprescindible en cualquier manual de marketing, y de la que seguro se ha oído hablar, la llamada de las 4 Ps (que responden a los vocablos: *place, product, price and promotion*). La teoría permite reflexionar sobre el tipo de servicio que conviene más ofrecer, el lugar en el que se debe ofrecer, su precio y las acciones que hay que emprender para lograr que todos los **clientes potenciales** de esos servicios, nos escojan a nosotros como proveedores.

#### 752 Producto/Servicio

El **producto/servicio** (*Product*) que presta el abogado tiene una serie de características:

1. Es en principio, **intangible**. Lo único tangible que el cliente recibe del servicio que le prestan, son las oficinas que visita, los documentos que le entreguen (hojas de encargo, facturas, informes, contratos, etc.) o el trato que le ofrece el equipo de profesionales del despacho (repcionistas, administrativos o abogados).
2. En él es **inseparable** producción y consumo. Además, el servicio es inseparable de la persona que lo presta y de la que lo recibe.
3. Es **heterogéneo** o variable: no hay dos servicios iguales, ya que son prestados por profesionales en momentos y lugares diferentes.
4. El factor de la **confianza recíproca** juega un rol fundamental en ellos.

La conclusión a la que se llega tras analizar estas características es obvia: en la prestación de servicios la clave son las personas que los realizan y las que los reciben y la relación que se genera entre ellos.

754 Desde el punto de vista del cliente, el **proceso de selección** de un abogado es habitual que se produzca en tres fases:

**a) ¿Qué problema tengo?** En esta primera fase, el cliente quiere entender el **alcance del asunto** para el que necesita asesoramiento, con el fin de identificar las posibles soluciones. Necesita diagnosticarlo y para ello informarse sobre la cuestión jurídica concreta. Si es internauta, es más que probable que una de las primeras acciones que lleve a cabo sea la de incluir en su buscador la palabra clave que describe su problema y que analice foros, páginas webs, servicios de consulta a expertos, etc. Si no lo es, habitualmente pedirá opinión a aquellas personas de su entorno más cercano (amigos, familiares, compañeros de trabajo) o acudirá a **organizaciones de consumidores o servicios públicos**, como los que ofrecen algunos ayuntamientos o los servicios de orientación jurídica de los colegios profesionales. Una vez, comprendido su problema, el cliente estará en condiciones de identificar el tipo de profesional que puede ayudarle. Entramos así en la segunda fase del proceso de selección del abogado, y que tendrá como objetivo responder a la pregunta del siguiente epígrafe.

**b) ¿Quién sabe solucionar este tipo de problemas?** Tradicionalmente los clientes han conocido un despacho o un abogado porque alguien, de su confianza, se lo recomendaba. Hace unos años el desarrollo progresivo por parte de distintas **editoriales jurídicas** de directorios que compilan de forma ordenada despachos y profesionales, así como de *rankings* comparando los servicios y experiencias de estos, puso al alcance de los clientes, nuevas **fuentes de información** para su toma de decisión, que hoy se ofrecen a través de Internet. Finalmente, al cliente sólo le queda resolver una última cuestión:

**c) ¿A quién, de los que saben solucionar este tipo de problemas, me conviene más escoger?** Es la fase de toma de decisión y aquí el cliente buscará **referencias** sobre los profesionales a través de sus publicaciones, las opiniones de conocidos, amigos y familiares. Por supuesto, toda la información que encuentre en Internet, le ayudarán a tomar la decisión final.



756 Por parte del abogado, la **prestación de servicios** constará habitualmente de tres **fases**:

1. **Análisis y diagnóstico**: el profesional contratado estudia la cuestión que le plantea su cliente para identificar todas las vías de solución posible, así como las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas.
2. **Propuesta de solución**: una vez que ha comprendido el problema, el abogado realiza su diagnóstico y propone la solución que considera más adecuada para resolverlo.
3. **Información**: el abogado debe mantener informado al cliente sobre la **evolución del asunto** encomendado, resoluciones trascendentes; los recursos que quepan contra las mismas; las posibilidades de transacción; conveniencia de acuerdos extrajudiciales o de soluciones alternativas al litigio, como por ejemplo la mediación o el arbitraje.



A lo largo de este proceso se produce una situación de **asimetría informativa**, que técnicamente recibe el nombre de «**relación de agencia**». El abogado ocupa una posición de superioridad, pues lo normal es que sólo él sepa diagnosticar el problema y conozca las condiciones en las que se prestan los servicios. El cliente por lo general, salvo que cuente con una amplia experiencia en la contratación de servicios similares a los que desea contratar, desconocerá cómo defender sus derechos y en qué sustentar sus reclamaciones, así como los procedimientos y métodos para hacerlos efectivos. Este **nivel de ignorancia** es, por lo general, mayor cuanto más bajo es el nivel social y educativo. Cabría pues que el abogado prestara más servicios de los realmente requeridos o prestara servicios diferentes a los aconsejables o los prestara de forma inadecuada o valorándolos en un precio superior al debido. Para defender al cliente frente a este tipo de comportamientos se han establecido las normas de deontología, que tienen como finalidad prevenir y dar en su caso, respuesta a este tipo de conductas. Los abogados tienen obligación de conocer estas normas y de respetarlas en todas las situaciones.

758 Por otra parte, en función de su naturaleza, la **clasificación** de los servicios jurídicos es la siguiente:

- a) **De alta complejidad**. Se trata de problemas jurídicos novedosos o cuya solución exige un elevado nivel de conocimiento y experiencia. Para gestionar este tipo de cuestiones, el cliente requerirá de un profesional muy experimentado y altamente especializado. Para estos clientes lo más importante es el nivel de **especialización** del abogado en la materia para la que requiere asesoramiento.
- b) **De complejidad media**. Se trata de problemas jurídicos para los que existen antecedentes en la solución, que si bien requieren de un profesional con experiencia, no necesitan una alta especialización ni capacidad de encontrar soluciones innovadoras. La clave para los clientes en estos supuestos es la **experiencia** del profesional.
- c) **Estándar**. Se trata de problemas jurídicos comunes y sin complejidad. Su prestación puede ser realizada por profesionales con conocimientos básicos. La clave en estos casos es la **eficiencia**.

Un despacho debe hacer la reflexión sobre el tipo de servicios que puede y/o desea ofrecer. En función de la naturaleza de estos, los recursos necesarios y los procesos a implantar serán diferentes.

Una última reflexión en relación con la compra de los servicios jurídicos por parte de los clientes para responder a esta pregunta: ¿En qué supuestos se decide contratar a un abogado?

1. Por **imperativo legal**. Porque resulta necesario, pues lo exige una norma. El cliente necesita contratar a un abogado que le represente ante determinadas instancias.
2. Porque **se requiere consejo**, asesoramiento sobre un asunto concreto, que ya ha generado un conflicto o un problema.
3. Porque **se desea prevenir la aparición de un conflicto o de un problema**. Se sabe que existe una contingencia y se solicita al profesional que aconseje sobre el nivel de riesgo existente y que proponga medidas para evitar que se produzca el «**siniestro**». A este tipo de asesoramiento se le denomina preventivo o de cumplimiento normativo y su contratación es cada vez más común, sobre todo por parte de empresas de gran tamaño y, menos frecuente entre particulares (posiblemente por razones culturales, así como porque se sobreestima el coste de los servicios de los abogados y no se valora el ahorro que puede suponer que el daño no se produzca).

760 En los tres casos citados, la **demand**a de servicios jurídicos es inducida, es decir, indirectamente fijada por el abogado, que «instigará y persuadirá» a su cliente para que contrate los servicios que él le aconseja.

Por otra parte, para definir las acciones a emprender para atraer a los clientes, es importante entender quién escoge al abogado y cómo se escoge. Los asuntos no son siempre encargados por un cliente final, pues ocurre a menudo que otros despachos y compañeros son quienes los encargan, bien por no estar ellos mismos capacitados, bien porque de aceptar el encargo, incurrirían en lo que se denomina «conflicto de intereses» y en consecuencia requieren de la intervención de otros profesionales. En consecuencia, un abogado puede ser **responsable de un asunto** por:

1. **Mandato** directo de un cliente.
2. **Encargo** de otro abogado/despacho.
3. **Designación** por un colegio profesional.

#### 762 «Place»/Ubicación

El segundo elemento de la teoría de las 4 Pes es el lugar, la **ubicación** (*Place*). En el ejercicio de la abogacía se ha producido una profunda transformación en lo que se refiere a este elemento. Veamos las **razones**:

#### 764 Mayor movilidad

Hasta hace unos años la movilidad de la abogacía estaba muy limitada incluso, dentro del territorio nacional. Hoy sin embargo, gracias a la llamada Ley Omnibus ( L 25/2009 , de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), se ha impuesto el **principio de libre ejercicio**, a través de la eliminación de la posibilidad de exigir una comunicación o contraprestación económica cuando se ejerza una determinada profesión en un ámbito territorial diferente a aquel en el que se halla el colegio en que el ejerciente se halla inscrito. De este modo, cualquier abogado puede ejercer en todo el territorio español, siendo suficiente la **incorporación** en un solo **colegio**. También es posible prestar determinado tipo de servicios de asesoramiento, con arreglo a la normativa vigente en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en otros países (esta posibilidad está limitada para el ejercicio ante tribunales para el que se exigen determinados requisitos como la superación de algunas pruebas, reunir cierta experiencia o ambos). También los abogados de otros países, pueden bajo determinadas condiciones, asesorar e incluso asistir ante tribunales. Esta mayor movilidad de los profesionales, ha acarreado, como es lógico también, una mayor competencia.

#### 766 Asesoramiento virtual

Del asesoramiento personal, que exige disponer de espacios físicos y de personal, se está evolucionando hacia nuevas formas de ejercicio, apoyadas esencialmente en las nuevas tecnologías y que permiten prestar servicios jurídicos a través de medios como el teléfono, el vídeo, los sitios web o incluso, las redes sociales, que además en muchos casos, han conseguido automatizar procesos y lograr la «**paquetización**» de los servicios (se entiende por tal la creación de una oferta a precio cerrado de un conjunto de servicios claramente identificados, que con anterioridad se ofertaban individualmente, lo que beneficia al cliente porque puede adquirirlos a un precio menor que la suma de los precios de los productos individuales y sabiendo de forma anticipada cuál será este).

#### 768 Precio

El tercer elemento de la teoría es la P, de **precio**. Un abogado puede determinar el precio y forma de cobro de sus servicios **libremente** con su cliente, si bien, está obligado a respetar las normas deontológicas, así como las relativas a la competencia desleal.

El art.13 del Código Deontológico regula las relaciones con los clientes y establece que las mismas pueden verse facilitadas mediante la suscripción de la **hoja de encargo** (nº 893 ). El abogado no está obligado a emitir una hoja de encargo, sin embargo es aconsejable hacerlo. Este documento debería detallar:

1. El **importe** aproximado, en cuanto sea posible, de los **honorarios**, o de las bases para su determinación.
2. Indicar si por sus **circunstancias personales y económicas** tiene la posibilidad de solicitar y obtener los beneficios de la asistencia jurídica gratuita.
3. Las **actuaciones** incluidas.
4. Los **costes** de procuradores o notarios.

Además, el art.15 del mismo código establece que el abogado tiene derecho a percibir retribución u honorarios por su actuación profesional, así como el **reintegro de los gastos** en los que haya incurrido para prestar el servicio.

La Ley Omnibus ha suprimido la función de los colegios profesionales en relación con la determinación de **baremos orientativos** de honorarios y ha prohibido expresamente el establecimiento de cualquier otro tipo de recomendaciones de precios por ser considerados un instrumento contrario a la libre competencia. Sin embargo, si las partes no pactan expresamente lo contrario, se podrán tener en cuenta los baremos que establezca el colegio en cuyo ámbito actúe el abogado. Estos baremos también son tenidos en cuenta para la determinación de las cantidades entendidas como excesivas a efectos de **tasación de costas** y jura de cuentas en los procesos judiciales. Estas reglas de fijación de



honorarios se aplicarán de acuerdo a las reglas, usos y costumbres de dicho colegio y se aplicarán supletoriamente a lo convenido por las partes.

770 Está permitido que abogado y cliente lleguen a un acuerdo por el que el primero recibirá una cantidad equivalente como mínimo a los costes del servicio prestado por el abogado y a una cantidad adicional si el resultado es favorable a los intereses del cliente. Si le fuera adverso, cobraría sólo ese mínimo. Este sistema de retribución, vinculado al resultado, que, en los casos en los que el servicio prestado tiene que ver con el asesoramiento en un litigio se denomina *cuota litis*, es utilizado cada vez con más frecuencia.

Los honorarios han de ser percibidos por el abogado que lleve la dirección efectiva del asunto, siendo contraria a la **dignidad de la profesión** la partición y distribución de honorarios entre abogados, excepto cuando:

- responda a una colaboración jurídica;
- exista entre ellos ejercicio colectivo de la profesión en cualquiera de las formas asociativas autorizadas;
- se trate de compensaciones al compañero que se haya separado del despacho colectivo;
- constituyan cantidades abonadas a los herederos de un compañero fallecido.

Igualmente le estará **prohibido** al abogado **compartir** sus **honorarios** con persona ajena a la profesión, salvo los supuestos de convenios de colaboración con otros profesionales, suscritos con sujeción al estatuto.

Es muy importante recordar que el art.19 del código **prohíbe** al abogado **pagar y cobrar** por la captación de cliente, pues indica que «el abogado no podrá nunca pagar, exigir ni aceptar, comisiones, ni ningún otro tipo de compensación a otro abogado, ni a ninguna otra persona por haberle enviado un cliente o recomendado a posibles clientes futuros».

## 772 Promoción

El último elemento de la teoría es el llamado *Promotion*. Existen hoy multitud de actividades que podemos realizar para lograr los objetivos que nos propongamos y el **rol del experto** en el desarrollo del negocio es escoger, de entre todas las disponibles, aquellas que de una forma más eficaz pueden ayudarle a lograrlos. A partir del nº 804 , se describen las que más habitualmente utilizan los despachos de abogados.

Identidad corporativa: creación de marca y del manual de identidad corporativa.

Edición y difusión de herramientas y materiales de comunicación impresos: revista, folletos, informes, guías, comunicaciones de nombramientos, aniversarios y otros hitos, invitaciones, etc.

Relaciones públicas: atención a visitas institucionales; creación de un consejo asesor, etc.

Desarrollo de actividad docente en universidades y otros centros de formación.

Patrocinio eventos técnico jurídicos y no jurídicos.

Venta personal.

Inserción de anuncios de publicidad en medios impresos: anuncios de empleo, anuncios de casos de éxito, publireportajes, etc.

Presencia como fuente de información en medios de comunicación (radio, TV, prensa generalista o especializada), vía tribunas, expresión de opiniones en artículos, etc.

Organización de eventos de carácter técnico jurídico y no jurídico.

Realización de acciones vinculadas con la RSE y su difusión, así como de actividad pro bono.

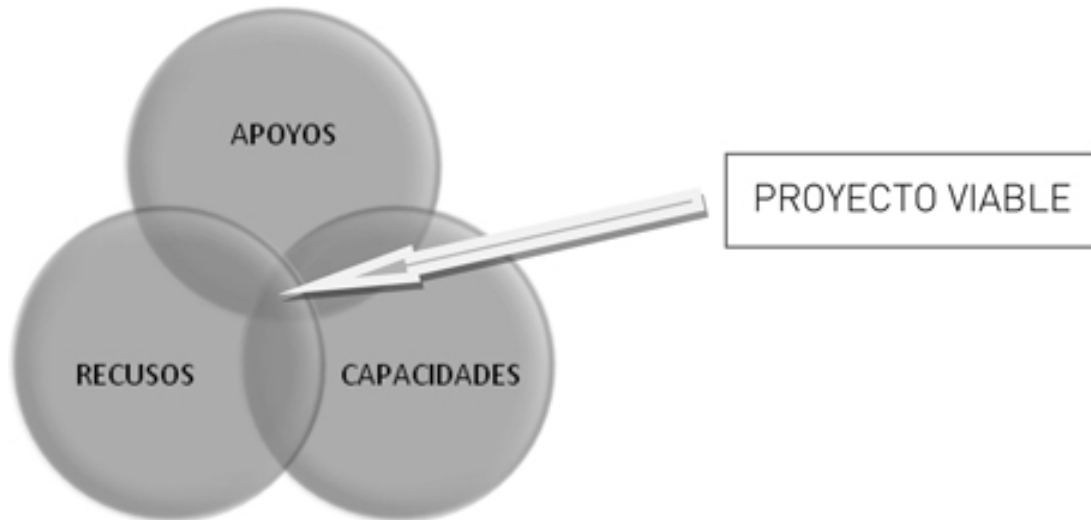
## D. Marco estratégico

774 Antes de lanzarse a la acción es clave tener un **plan**. Trabajar con un marco estratégico sirve, entre otras cosas, para:

1. **Definir** claramente los **objetivos**, agrupando todas las decisiones estratégicas en un único documento.
2. **Facilitar** y agilizar la toma de **decisiones**.
3. **Identificar** aquellos **aspectos** en los que falta información y establecer los mecanismos necesarios para subsanar esas lagunas.
4. **Gestionar** el día a día del despacho según un plan y evitar la improvisación, logrando una gestión más profesional.
5. **Identificar** los **recursos** disponibles, asignarlos y detectar dónde hay carencias y en su caso adquirirlas o subcontratarlas.
6. **Definir** las **responsabilidades** de cada uno de los miembros del equipo.
7. Contar con **herramienta** que permitirá realizar una mejor comunicación interna.
8. Poder **evaluar y controlar** los resultados de las políticas que se decida implantar y en su caso, modificarlas.

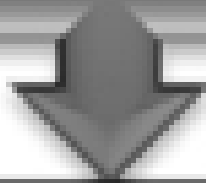
Por otra parte, el desarrollo de cualquier proyecto requiere de la existencia de tres elementos: **Apoyos** (personas que deben estar de acuerdo y servir de acicate al proyecto), **recursos** (que se destinarán a su implantación y desarrollo) y **capacidades** (necesarias para poder llevarlo a cabo).

Antes de comenzar un nuevo proyecto quien lo va a liderar deber realizar la reflexión de si cuenta con los tres elementos. En el contexto actual es muy normal que los recursos (económicos, tecnológicos y de personal) sean escasos, por tanto, es importante analizar previamente si se cuenta con el personal adecuado para llevarla a cabo (número de personas y capacitación) o si se cuenta con la tecnología necesaria. Si se detecta que se carece de alguno de estos elementos, lo aconsejable es concentrar primero los esfuerzos en adquirirlo.

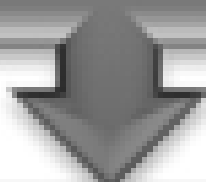


La elaboración de un plan o **marco estratégico**, exigirá dar los siguientes pasos:

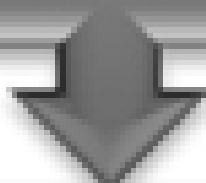
Definir objetivos



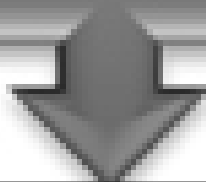
Establecer recursos



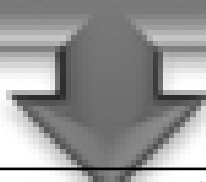
Identificar "stakeholders"



Identificar líderes y portavoces



Elegir y utilizar las herramientas disponibles



#### 776 Definición de los objetivos

Un plan no tiene sentido sin objetivos. Los estadounidenses, tan amigos de la nemotécnica usan la expresión **SMART** para describir los requisitos que debe reunir cualquier objetivo: «**Specific**» (concretos); «**Measurable**» (medibles); «**Attainable**» (alcanzables); «**Relevant**» (relevantes para el negocio) y «**Timebound**» (realizables en un plazo razonable). A modo de ejemplo, un objetivo que tienen muchas firmas en el contexto actual sería el de aumentar la facturación (algo que puede lograrse esencialmente a través de tres vías: apertura de nuevos mercados, oferta de nuevos servicios o incremento de su precio), y/o reducir los costes.

#### 777 Establecimiento de los recursos disponibles

Pueden ser **tecnológicos, económicos y de personal**. La fijación de los recursos económicos que se destinarán al plan se realiza en un presupuesto. Para hacerlo hay que decidir cómo se fijará el importe del mismo y al efecto, nuestro consejo es utilizar frente al criterio de un porcentaje sobre la facturación, el del importe máximo que se puedan destinar a estos fines.

#### 778 Identificación de los «stakeholders» o grupos de interés

Son todos aquellos **colectivos** de quienes por uno u otro motivo depende el **futuro del despacho**. A continuación se relacionan los grupos de interés más habituales de un despacho de abogados:

**Clientes actuales**

**Clientes potenciales**

**Estudiantes**

**Ex empleados o alumni**

**Equipo de profesionales**

**Otros despachos**

**Instituciones**

### 779 Identificación de los líderes del proyecto, los portavoces y quiénes deberán ejecutarlo

Los proyectos requieren de un **liderazgo**, es decir de un profesional que se haga cargo de ellos y se responsabilice de impulsarlos, coordinarlos y comunicarlos. Idealmente su retribución debería depender del grado de éxito o fracaso conseguido en los mismos.

Por otra parte, es además importante, identificar a quienes harán las veces de **portavoces** de la organización. En un proyecto orientado al desarrollo de negocio será necesario, dirigir en muchas ocasiones, mensajes a terceros y ejercer de portavoz. Esto exige contar con una serie de habilidades y experiencia, que no todos los profesionales poseen.

Asimismo, hay que identificar a quienes vayan a responsabilizarse de la ejecución, es decir de la **gestión diaria** de las actividades que se decida llevar a cabo.

Una estrategia de marketing de éxito debe basarse en los esfuerzos coordinados de:

1. Todos los abogados del despacho y principalmente los socios y responsables de las diferentes áreas de especialización de la firma, que deberán trabajar bajo las **directrices** marcadas en el marco estratégico del despacho.
2. Si los hubiera, los responsables de las siguientes **áreas de apoyo**: desarrollo de negocio, marketing y comunicación, financiera, rrhh, formación y gestión del conocimiento.

A continuación describimos en qué campos deberían trabajar de forma coordinada las diferentes áreas con la persona responsable del desarrollo de negocio:

**780 a) Recursos humanos.** Ya en la fase de selección de los abogados uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de escoger a los nuevos miembros de la firma debe ser su «deseo» y «capacidad» **de contribuir al «bien común»**. Deben buscarse personas con perfil colaborativo, con ganas de compartir y que deseen comprometer su futuro al de la firma. El área de RRHH debería evaluar conjuntamente con la de marketing a cada uno de los profesionales que se incorporan, para conocer sus puntos débiles y fuertes (que serán tenidos en cuenta, por un lado, a efectos de formación y por otro, para realizar el marco estratégico y evaluar cada año al abogado). Además, el **plan de formación** debería estar dirigido, entre otros objetivos a dotar a los abogados de aquellas habilidades de las que carezcan o permitirles mejorarlas. Y finalmente, ambas áreas deberían definir conjuntamente los objetivos comerciales que se tengan en cuenta para establecer las retribuciones (en los casos en los que se haya fijado un sistema de retribución variable, sujeto a resultados).

**b) Gestión del conocimiento.** Las dos áreas tienen que colaborar mano a mano en temas como la gestión de la información sobre sectores, servicios y clientes (búsqueda, análisis, etc.). Esta información puede servir para realizar **acciones** mucho más **eficaces** (informes de clientes previos a la primera visita de venta o al lanzamiento de una campaña de *e-mailings*) y también para crear productos o servicios que el cliente demanda (biblioteca *online* con textos básicos, servicios de alerta, etc.). Asimismo, deben colaborar para que en los repositorios de gestión del conocimiento los abogados puedan encontrar todos los artículos, informes, modelos y experiencia necesarios para el mejor desarrollo del negocio.

**c) Finanzas y contabilidad.** El área financiera puede proveer a la de desarrollo de negocio de **información estratégica** como la que resulta del **análisis** de la cartera de clientes, que permite conocer en detalle la facturación por sector, tipo de servicio, volumen, plazos de pago o profesional. Además, ambas deben trabajar conjuntamente con el fin de que sea posible medir el Retorno de la inversión (*Return on Investment* o ROI) de las acciones de marketing. Más adelante profundizaremos en este concepto, importantísimo para determinar el **éxito o fracaso** de la estrategia que hayamos definido.

### 781 Elección y utilización de las herramientas disponibles

Una de las funciones principales del responsable de desarrollo de negocio es escoger de entre todas las herramientas/ tipos de acciones posibles, aquellas que se adecuen más a los **objetivos** que se hayan **priorizado**. A continuación se incluye un listado de las acciones consideradas más indicadas para, por ejemplo, aumentar la facturación.



## 782 Evaluación de los resultados

Las áreas de marketing, comunicación y desarrollo de negocio son, salvo que demuestren lo contrario, y para eso precisamente es importante evaluar los resultados, áreas de apoyo y centros de coste y en consecuencia, normalmente va a ser útil y necesario para sus responsables, poder demostrar que gracias a sus acciones se obtienen resultados.

Internet es excelente para evaluar resultados, ya que permite desarrollar muchas **herramientas** de medición. Es posible conocer por ejemplo, cuantas veces alguien ha hecho *click* en un **anuncio**, conocer las páginas en las que entran los usuarios, cuánto tiempo se quedan y que tipo de **navegación** realizan. Existen además múltiples herramientas de medición de presencia en medios que generan **informes** llamados *press clippings* y que de nuevo, desde que Internet se ha convertido en el principal canal de difusión de noticias, permiten obtener datos exhaustivos sobre la presencia en ellos de una marca corporativa o personal. Estos informes son sobre todo útiles cuando incluyen no sólo la cantidad de apariciones, sino también si son positivas, negativas o neutras, así como si tienen en cuenta el impacto del medio para nuestra imagen (dicho valor será diferente si buscamos visibilidad, en cuyo caso es trascendente el número de lectores fijos o si buscamos *leads* u oportunidades de venta, en cuyo caso lo más importante es el número de lectores que reúnen el perfil de cliente potencial).

784 El **ROI** o retorno de la inversión (*Return On Investment*) es un concepto clave para la medición. Su cálculo es en principio sencillo:

$$\text{ROI} = (\text{Beneficios/Costes}) \times 100$$

La dificultad normalmente estriba en la fijación de lo que queremos medir y de cómo medirlo, es decir de qué costes deben imputarse y en qué % imputarlos.

### Ejemplo

Decidimos realizar una campaña invirtiendo en Google Adwords una cantidad de 300 € al mes durante un año, es decir, 3.600 euros / año. Además, tendremos que añadir el coste de gestionar la campaña y de creación del mensaje, que en nuestro supuesto, es de 1.000 Eur. Logramos que de los clientes que nos contactan, por ejemplo, un total de 3, nos contraten servicios y se les factura unos honorarios (deducidos gastos de producción del servicio) de 10.000 euros.

El ROI de la campaña será igual a  $10.000 / 4.600 \times 100$  es decir, que con nuestra campaña habremos obtenido un ROI positivo igual a 218. Que el ROI sea mayor o igual a cero, significa que el proyecto es rentable y cuanto mayor sea el ROI, mayor porcentaje del capital invertido se habrá recuperado.

### 786 Método DAFO

Se trata de una de las herramientas más utilizadas para el desarrollo estratégico por su sencillez. A través de él, es posible **identificar** aquellos **aspectos** en los que la organización es fuerte y en los que necesita mejorar, así como su posicionamiento en relación con la competencia y el entorno en el que actúa. El siguiente cuadro puede servir de base a un despacho para hacer su **análisis DAFO**:

Factores internos		
<b>Debilidades</b>	Son factores internos que limitan o reducen la capacidad de desarrollo de la organización	Ejemplo de preguntas: • ¿Falta financiación? • ¿Falta equipo humano?
<b>Fortalezas</b>	Son factores internos que favorecen o impulsan el crecimiento de la organización	Ejemplo de preguntas: • ¿En qué somos distintos y mejores que otros? • ¿Qué equipo humano tenemos que destaque en algo?
Factores externos		
<b>Amenazas</b>	Son factores externos que pueden impedir o dificultar el desarrollo de la organización	Ejemplo de preguntas: • ¿A qué obstáculos se enfrenta el proyecto? • ¿Qué está haciendo mi competencia? • ¿Pueden aparecer en el sector nuevos competidores?
<b>Oportunidades</b>	Son factores externos que pueden suponer una ventaja competitiva para la organización	Ejemplo de preguntas: • ¿Existe una coyuntura favorable para el desarrollo del proyecto? • ¿Qué cambios normativos se están produciendo de los que puedan surgir oportunidades interesantes?

### 788 Segmentación

La técnica de la segmentación surge ante la imposibilidad de tener un plan de desarrollo de negocio dirigido a captar todos y cada uno de los **clientes potenciales**. A través de la segmentación se identifican grupos o colectivos homogéneos, que comparten características y necesidades, y se elaboran estrategias válidas para adecuar el producto/servicio a las necesidades cada uno de ellos, logrando eficacia y eficiencia con las acciones que decidamos poner en práctica.

Existen muchos **criterios** posibles de segmentación:

1. El criterio **demográfico** (sexo, edad, estructura familiar, etc.).
2. El criterio **geográfico** (comunidad autónoma, ciudad, etc.).
3. El criterio **socio-económico** (profesión, nivel de estudios, cultural o económico, etc.).
4. La personalidad o **estilo de vida** (actividad deportiva, o de ocio).
5. Los comportamientos en sus **hábitos de consumo**.

Como vimos, los *stakeholders* de un despacho son muchos y variados y, en consecuencia, las «necesidades» a satisfacer también lo son. Una de las claves del marketing es la **detección y comprensión** correcta de las necesidades reales de nuestros clientes. Los abogados «venden servicios» para cubrir necesidades. Las necesidades no se crean, existen o no existen, pero es importante tener en cuenta que pueden ser explícitas o implícitas, es decir que en ocasiones ni siquiera se es consciente de tenerlas.

Reflexionemos brevemente sobre las necesidades que puede cubrir un despacho de abogados. Respecto a un candidato a la búsqueda de empleo, sería ofrecerle un puesto de trabajo; respecto a un proveedor, pagarle por el producto o servicio adquirido; y ¿respecto a los clientes, qué tipo de necesidades pueden cubrir los abogados?

790 Es de sobra conocida la **pirámide de Maslow** (psicólogo estadounidense que en 1943 teorizó sobre las necesidades humanas y la motivación en nuestros comportamientos). La tesis de Maslow se utiliza para identificar la posición que una persona o un grupo de personas ocupa en la misma, y conocer la dirección hacia dónde se desplaza en la **satisfacción de carencias**. Así se obtiene una información altamente relevante acerca de su perfil psicológico, y pueden realizarse campañas de marketing y publicidad más efectivas. Un grupo de investigadores de la Universidad



de Tilburg (**Microjustice**, Maurits Barendrecht y Patricia Van Nispen, Tilburg University, febrero de 2008), ha replicado el modelo de la pirámide para las **necesidades legales**, que agruparon en doce grupos. En su investigación determinaron que estas, aunque son universales, cambian de país en país debido entre otros factores, principalmente al nivel de desarrollo económico.



Por otra parte, si observamos el mercado potencial de un despacho de abogados, podemos distinguir de inmediato dos grandes segmentos de clientes potenciales, con necesidades, algo distintas: el que conforman las personas físicas y el que conforman las jurídicas.

792 Si nos dirigimos al primer segmento de clientes se debe pensar en el ámbito de actuación, ¿hay que limitarse a trabajar en la propia ciudad o también estar dispuesto a viajar y/o a firmar acuerdos de colaboración con otros profesionales?, ¿se tienen medios financieros para realizar acciones en un ámbito extenso? En función de estas **decisiones empresariales**, nuestro mercado objetivo será más o menos amplio. Por ejemplo: la Unión Europea, con sus 28 países y sus cerca de 500 millones de habitantes, España con más de 46 millones, la Comunidad de Madrid con cerca de 6,5 millones o el municipio de Pozuelo de Alarcón en Madrid con sus cerca de 84.000 habitantes.

Sin embargo, si la decisión es **asesorar a empresas**, podemos segmentar estas por ejemplo en función del número de empleados y de su facturación. A modo ilustrativo señalemos que en la Unión Europea, hay aproximadamente 23 millones de PYME (microempresas, pequeñas y medianas empresas), que aportan aproximadamente 75 millones de puestos de trabajo y representan el 99% del total de empresas. El **perfil medio** de estas empresas es el de organizaciones que dan empleo a menos de 250 personas y tienen un volumen de negocios anual que no excede de 50 millones de euros o un balance general anual que no supera los 43 millones de euros. Además, dentro del segmento

de las personas jurídicas distinguir en función de criterios como la **forma jurídica** o la **actividad económica**. Las PYME adoptan formas jurídicas tan diferentes como la del trabajador autónomo, empresa familiar, sociedad colectiva.

794

Categoría de empresa	Efectivos	RECOMENDACIÓN DE 1996		RECOMENDACIÓN DE 2003	
		Volumen de negocio	de Balance general	Volumen de negocio	de Balance general
Mediana	< 250	< = 40 m €	< = 27 m €	< = 50 m €	< = 43 m €
Pequeña	< 50	< = 7 m €	< = 5 m €	< = 10 m €	< = 10 m €
Micro	< 10			< = 2 m €	< = 2 m €

Fuente: DGPYME <http://www.ipyme.org/ES-ES/CREACIONEMPRESAS/Paginas/DefiniciondePYME.aspx>.

Otra posible distinción por segmentos es la que nos permite hacer el código CNAE (**Clasificación Nacional de Actividades Económicas**). El objetivo de esta clasificación es establecer un conjunto jerarquizado de actividades económicas que pueda ser utilizado para:

- favorecer la implementación de **estadísticas nacionales** que puedan ser diferenciadas de acuerdo con las actividades establecidas; y
- clasificar **unidades estadísticas** y entidades según la actividad económica ejercida.

796

Una fuente muy útil para conocer el **tejido empresarial** de nuestro país es el Directorio Central de Empresas (DIRCE), que reúne en un sistema de información único, a todas las empresas españolas y a sus unidades locales ubicadas en el territorio nacional y realiza encuestas económicas por muestreo.

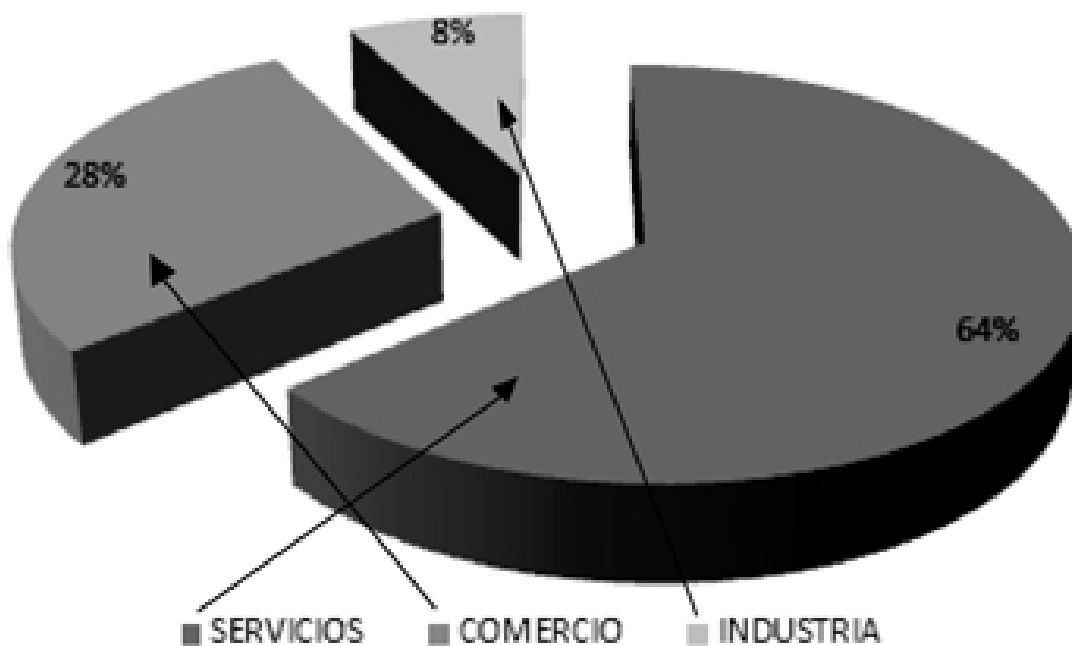
A la hora de fijar un público objetivo hay que ser realista. La ambición de más de un abogado es contar en su cartera de clientes con grandes empresas. Sin embargo, hay que ser realistas y aceptar que en nuestro tejido empresarial hay sobre todo **compañías de reducida dimensión**. Recogemos, a continuación, algunos datos adicionales que nos ayudarán a entender rápidamente cuál es la realidad del tejido empresarial de nuestro país:

- a) 8 de cada 10 empresas tienen dos o menos asalariados.
- b) Solo menos del 5% de las empresas emplean a 20 o más trabajadores.
- c) Más de 1,76 millones de empresas no emplearon a ningún asalariado. Es decir, que más del 55% son empresas sin empleados.
- d) Más del 27% de las empresas (867.550 empresas) tienen sólo entre uno y dos empleados, es decir, que son lo que coloquialmente llamamos autónomos.
- e) Hay menos de 1000 empresas que tienen entre 500 y 999 empleados y sólo 105 más de 5000.

798

Si a este dato del limitadísimo número de empresas de gran tamaño, se añade el de que muchos de esos grandes grupos son multinacionales, que contratan sus **servicios jurídicos** a grandes despachos globales, la realidad es que parece un objetivo algo complicado o al menos ambicioso, el de tener grandes clientes en nuestra **cartera**. Por otra parte, el **DIRCE** también da un dato útil sobre el tipo de clientes potenciales de nuestro país, al indicarnos el reparto por sectores del tejido empresarial y que se ve reflejado en el gráfico siguiente:

## TEJIDO EMPRESARIAL ESPAÑOL POR SECTOR DE ACTIVIDAD



Además, este registro nos da una orientación muy útil sobre las **tendencias del mercado** cuando nos indica que los sectores con mayor creación neta de empresas fueron educación, actividades sanitarias, actividades deportivas y programación, consultoría y otras actividades informáticas.

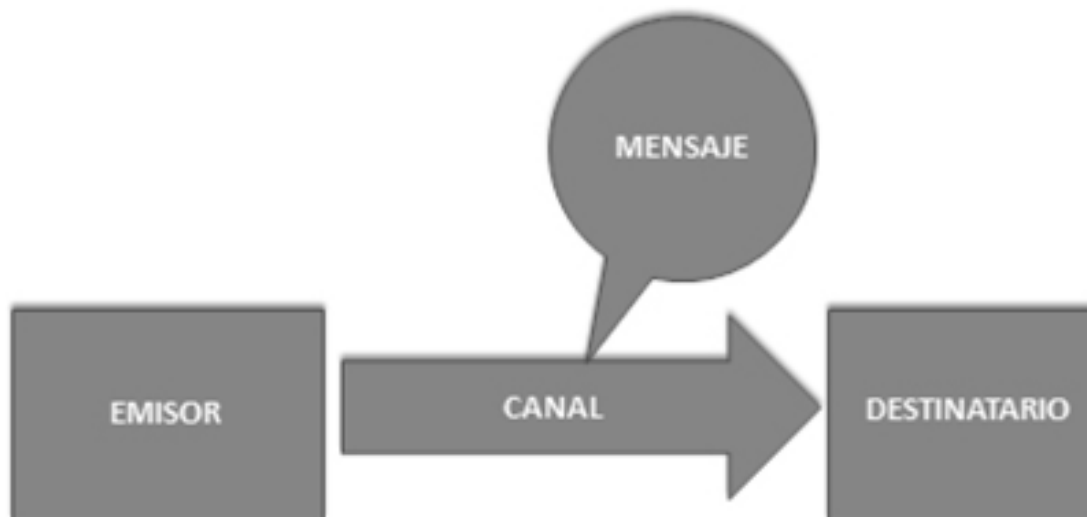
### E. Introducción a la teoría de la comunicación

800 La comunicación es junto a la venta personal, la **principal herramienta** de marketing con la que cuentan los profesionales del sector jurídico. A los efectos de este epígrafe trataremos sólo de la llamada comunicación externa y sin embargo, no nos adentraremos en el campo de la comunicación interna, es decir la que se realiza dentro de la firma y cuyos destinatarios son los miembros del equipo que la conforman (nº 2350 s. ).

La comunicación puede realizarse para informar sobre el **proyecto del despacho** (comunicación corporativa); sobre los servicios (comunicación de producto) o sobre los profesionales (*branding* profesional). Además, se puede utilizar para alcanzar objetivos tan distintos como posicionar o fortalecer la marca del despacho ante clientes actuales o potenciales o ante candidatos; para dar a conocer a un profesional, cuando se incorpora a la firma o se está iniciando en su carrera o para fortalecer su reputación cuando resuelve con éxito un asunto.

Debemos entender la comunicación en el sentido más amplio posible. En un despacho de abogados comunica la recepcionista, comunican los materiales corporativos que se editan, comunica la web y los vídeos, comunica quien imparte docencia en una universidad y también, el patrocinio que se realiza de un evento técnico. Es decir, que son muchos los canales y los formatos a través de los cuales se comunica.

802 Los **elementos clave** de la comunicación son los que recoge el diagrama siguiente:



- 1) El **contenido o mensaje**, que lógicamente dependerá de los objetivos que nos hayamos propuesto alcanzar.
- 2) Los emisores de la comunicación o **comunicadores**, es decir las personas que realizarán la comunicación (los responsables de la gestión de las personas, los socios, los jefes de equipo, etc.) y lo que comunicarán cada uno de ellos. Esta elección habrá de tener en cuenta las competencias que cada una de estas personas tiene para «construir mensajes y para comunicarlos» y en su caso, habrá de acompañarse de unas acciones de formación, para dotar a estas personas de las habilidades necesarias a estas personas.
- 3) Los canales o **medios** que se utilizarán para comunicar la información. En los casos en que la empresa tenga oficinas en varias ubicaciones, será necesario utilizar medios distintos a los que usaremos si sólo tenemos una.
- 4) Los **destinatarios de la comunicación** que son las diferentes audiencias que tendremos. En función de ellas elaboraremos nuestro «mensaje» y elegiremos uno u otro canal y formato.

Por otra parte, la comunicación debe inspirarse en unos **valores** claros y en mi experiencia, los que mejor funcionan son los seis siguientes:

1. Sencillez.
2. Autenticidad.
3. Innovación.
4. Consistencia.
5. Calidad.
6. Equidad/*win-win*, es decir, que todos los participantes ganan algo.

## F. Identidad corporativa

804 La identidad corporativa podría definirse como el conjunto de **elementos físicos** que representan visualmente una organización. Estos elementos son manifestaciones de la marca, aplicadas a lo que la empresa necesita para operar, como por ejemplo, tarjetas de visita, papel de cartas, firma de los correos electrónicos, plantillas para las diferentes páginas del sitio web, así como el *merchandising* (bolígrafos, cuadernos y otros objetos de regalo). Todos ellos son elementos claves para la construcción de la identidad corporativa, que resulta de proyectar al exterior una serie de informaciones con el fin de lograr generar en nuestro público objetivo una **imagen mental**, unas asociaciones que nos convengan. Es decir, de que nos perciban como nosotros queremos.

Es arriesgado dar consejos sobre cómo elegir una marca, pues está claro que se trata de una decisión muy personal. Sin embargo, es aconsejable que la denominación elegida reúna cuatro condiciones: **ser creíble, perdurable, relevante y diferencial**.

Es indiscutible que las **marcas** responden también a modas. En los últimos años, se ha producido así una clara tendencia a usar nombres cortos, globales (pronunciables en varios idiomas), que pueden incluso reflejarse gráficamente a través de un símbolo fácil de recordar y que nuestra mente sea capaz de identificar de inmediato. Por el contrario, el uso de dos o más apellidos, pronunciables sin problemas en el mundo latino, pero más difícilmente en otros entornos, es cada vez menos habitual.

806 A la hora de crear marcas de despachos es muy frecuente que se utilicen vocablos latinos, griegos o anglosajones; que se utilicen palabras relacionadas con el contenido de los servicios (legal, jurídico) o con los profesionales que los prestan (abogados, asesores, consultores jurídicos).

Además, la importancia que tiene la comunicación a través de Internet, hace necesario obtener también el dominio. Un **dominio de Internet** es la traducción de una dirección IP de cada nodo activo en la red, a términos memorizables y fáciles de encontrar. Esta abstracción hace posible que cualquier servicio (de red) pueda moverse de un lugar geográfico a otro en Internet, incluso cuando el cambio implique que tendrá una dirección IP diferente. En nuestro país los nombres de dominio se registran bajo la jurisdicción de red.es que a su vez los reporta al NIC (*Network Information Center*).

Lo habitual y más práctico, es que quien diseñe el **logotipo** de la firma, desarrolle además un manual de identidad corporativa que establezca las directrices básicas que permitirán que cualquier profesional del diseño gráfico entienda «el espíritu» de esa marca y sepa diseñar las nuevas aplicaciones que se vayan necesitando con la consistencia necesaria.

La identidad corporativa o identidad visual (IVC) se plasma en el **manual de identidad corporativa**, una guía, que puede o no tener formato impreso, y recoge las pautas necesarias para que cualquier diseñador gráfico sea capaz de trabajar en uno de nuestros proyectos como pueda ser crear un folleto, informe, factura, carpeta de documentación, una tarjeta de visita o una página web, logrando que los mismos sean corporativos, es decir consistentes con la imagen que queremos proyectar.

808 El **contenido** más habitual de uno de estos manuales es:

- a) Identificación de **colores corporativos**, a través de los códigos numéricos llamados *Pantone*.
- b) **Tipografía**: tamaño, tipo, etc.
- c) **Formato**: márgenes, portadas, etc.
- d) **Imágenes**: tipos de imágenes autorizadas y forma en que deben aparecer.
- e) Ejemplos de **aplicaciones de la marca**, como las que hemos recogido en este cuadro:



Es importante entender que el logotipo que representa una marca puede cambiar, pero la marca permanece. Y es que la marca está por encima de la representación gráfica (dibujo, color, tipografía) y lo normal es que trascurrido cierto tiempo, sea necesario revisar la **identidad corporativa** para adaptarla a las nuevas modas de diseño y color y así seguir hablando «el mismo lenguaje que los clientes».

810 A continuación se analiza la diferencia entre algunos conceptos que a menudo se confunden, como por ejemplo, marca, logotipo, isotipo, sigla, firma. La marca la constituyen un conjunto de elementos gráficos (logotipo, isotipo, etc.) que definen a una empresa, institución o producto. Además, es posible proteger una marca a través de su **registro** (en cualquiera de las tres modalidades posibles: denominativa, gráfica o mixta y para todas o algunas de las clases del nomenclator, según la actividad que vayamos a realizar utilizando la marca a proteger). Por otra parte, en función de nuestro ámbito de actuación será conveniente registrarla como marca nacional, comunitaria o internacional.



Existe por lo general, una total **confusión** entre todos estos términos debido a que guardan muchos puntos en común y son sutiles sus diferencias. Es frecuente que la gente hable indistintamente de marca y logo y logotipo, pero realmente, como veremos a continuación, no son lo mismo.

### 812 Logotipo/Logo

Logo es la abreviatura de logotipo y es la **representación verbal** de una o varias palabras mediante signos tipográficos. Un logotipo lo conforman palabras y la tipografía utilizada para representarlas, pero no incluye ni icono ni símbolos. El **Isotipo** sin embargo, incluye imágenes o símbolos, pues su función es representar la realidad gráficamente. Finalmente un **Isologo (o logosímbolo) e imagotipo** es la fusión entre el logo y el isotipo o lo que es lo mismo, la combinación en una única pieza de símbolo y palabra(s). En un isologo, el texto y el icono son inseparables, mientras que en el **imagotipo** ambos elementos coexisten, pero de forma separada.

# MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE

Propiedad  
Intelectual  
e Industrial

2013-2013



## 814 «Slogan» o «tagline»

Es una **frase sencilla y breve** (en mi experiencia, no es aconsejable que tenga más de 8 palabras) que de forma sintética tiene como objetivo atraer la atención y lograr que pase a la acción el público al que la dirigimos.

La elección de un buen *slogan* no es una tarea sencilla y tenerlo es importante, porque ayuda a estructurar sobre una buena columna vertebral la estrategia de comunicación de la firma.

La realidad es que en la mayoría de las ocasiones, sólo tenemos unos segundos para **captar la atención** de la gente, por ello es clave escoger una frase breve, que no lleve a equívocos, no resulte hiriente, ni agresiva, sea sugerente, positiva, inclusiva, sintética y estética. Lo ideal es que sea un reflejo fiel de la oferta de valor que el despacho quiera y pueda hacer a sus clientes.

**EmprendeLaw**

Nuestro Objetivo es tu Competitividad

Ejemplo de un tagline o slogan

## G. Edición de publicaciones corporativas

816 Dentro de estas se incluyen herramientas tan variadas como los **folletos corporativos** o de áreas de especialización; la **memoria** anual, **guías** útiles y otras publicaciones dirigidas a promocionar lo que somos, hemos hecho y podemos hacer.

El folleto corporativo contiene generalmente información sobre las cuestiones siguientes: el origen del despacho, qué profesionales lo conforman y qué hace para sus clientes. Tiene como **finalidad** convencer al lector de que se es el despacho adecuado para sus necesidades. Por tanto, a la hora de redactarlo debe intentarse que sirva para explicar a sus destinatarios en qué podemos serles útiles y porqué somos los más idóneos para prestarles un servicio. Por otra parte, una vez definido el contenido hay que elegir el registro y estilo en el que se redactaran. Algunas **pautas** que conviene seguir son:

1. Recordar que «lo bueno si breve, dos veces bueno».
2. El vocabulario cuanto más **comprensible**, mejor.
3. Escoger **slogans** y frases cortas que permitan al lector hacerse una idea de lo que se le quieren contar con sólo un vistazo.
4. Si se puede, incluir **testimonios**, casos de éxito, citas que los clientes faciliten, de forma que sean otros los que hablen del despacho y de lo que sabe hacer. Siempre es más creíble lo que otros dicen de nosotros, que lo que digamos sobre nosotros mismos.
5. Ser muy **meticuloso** con las erratas y faltas de ortografía.

818 Finalmente hay muchos despachos que optan por incluir en el folleto **fotografías** de las instalaciones y de algunos profesionales, normalmente los socios y a veces una foto de grupo. Es esta una decisión muy personal. Es verdad que en las firmas de abogados el activo principal son sus profesionales, pero también lo es, que son frecuentes las rotaciones de profesionales y las mudanzas a nuevas instalaciones. Por eso quizás sea más aconsejable comprar una **licencia de uso** de fotografías que ilustren temas como las áreas de especialización o los valores que el despacho defiende. En todo caso, si se decide apostar por la inclusión de imágenes, hay que usar fotos de calidad y lo más aconsejable es en ese caso, contratar un fotógrafo profesional.

## H. Relaciones públicas

820 En los países anglosajones el término relaciones públicas (*public relations* o su acrónimo, PR) equivaldría al conjunto de actividades cuyo objetivo principal es el establecimiento de una **sólida red de contactos**.

A través de la técnica de la segmentación, se define la tipología de clientes a los que se quiere dirigir y el siguiente paso será conseguir entrar en contacto con ellos y lograr que se conviertan en una primera fase en conocidos y en una segunda, en clientes, y para ello podemos:

1. Dirigirnos directamente a ellos.
2. Pedir a quien los conozca que referencie.
3. Utilizar instituciones que aglutinan a esos contactos -p.e. asociaciones empresariales, cámaras de comercio del municipio o cámaras de comercio extranjeras en España-.

La **gestión de los contactos** es la administración de nuestro capital social, es decir del conjunto de recursos (intangibles = confianza e información) que tiene una persona como resultado de su participación en las redes sociales (virtuales y reales) con determinados fines. Es importante gestionar eficientemente este capital para construirse una **reputación**. Es decir, para tener un colectivo y así, ser merecedor de una **recomendación**, es decir que alguien confíe en nuestra capacidad para ayudarlo. La «**referencia**» es una de las vías a través de las que con más frecuencia un abogado recibe clientes.

822 Tenemos cuatro **tipos de contactos**: desconocidos, conocidos, amigos e íntimos. Nuestra red la constituyen los tres últimos y con la finalidad de ampliarla se pueden realizar actividades tan diversas como:



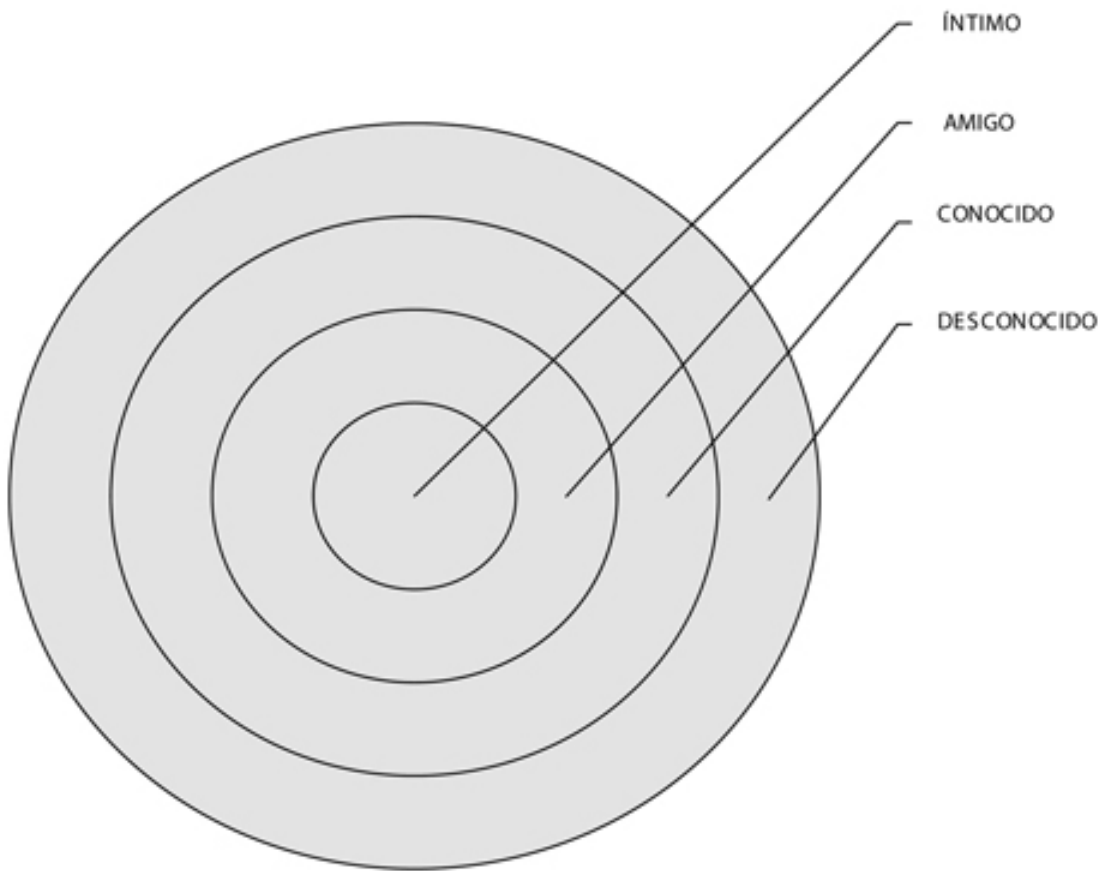
1. La **asistencia** a recepciones, fiestas y acontecimientos sociales, deportivos, culturales o profesionales. Para lo que es importante:

- Elegir el vestuario adecuado.
- Prepararse en los temas que pueden ser objeto de conversación en el acto social.
- Si el acto es sentado, elegir el sitio dónde nos colocaremos.
- Intentar conocer gente nueva y huir de lo cómodo, de lo conocido.
- Llevar siempre tarjetas de visita.
- Hacer seguimiento con posterioridad al evento de los nuevos contactos.

2. La **atención a clientes** a través del desarrollo del protocolo corporativo, los regalos y la organización de eventos, con justificaciones variadas como la jornada de puertas abiertas; almuerzos con clientes; etc.

3. La **afiliación** a asociaciones, clubes y otras organizaciones que nos permitan ampliar la red de contactos. Dentro de las asociaciones son importantes las profesionales, jurídicas o no jurídicas y según su ámbito de actuación, hay que distinguir entre las nacionales y las internacionales. Además, pueden también ser muy útiles también las asociaciones con otros fines, como los deportivos, políticos, culturales, sociales o religiosos.

4. La **organización** de eventos, desarrollados sobre todo con fines formativos.



## I. Venta personal

824 Es casi con certeza la forma más tradicional y efectiva para obtener clientes. El abogado tiene un contacto directo con el cliente al que le presenta sus servicios. Cualquier proceso de venta se desarrolla en cinco **fases**:

1. **Contacto.** Identificación del cliente potencial.
2. **Información.** Recogida de información en relación con el contacto, sus necesidades jurídicas y los servicios que podría necesitar dentro de los de la cartera ofertada por el despacho.
3. **Estrategia.** Definición de un plan para presentarle al contacto la oferta de servicios más adecuada a sus necesidades.
4. **Presentación.** Una presentación a clientes debe estar muy bien estructurada. El **contenido** podría ser:
  - Explicación sobre el motivo de la presentación: problema que tiene el cliente, cambio normativo, etc.
  - Análisis detallado y objetivo del problema o situación jurídica.

- Detalle de las necesidades del cliente.
- Descripción de cómo sería el «abogado idóneo» para resolver el problema.
- Explicación de por qué nosotros somos «el abogado idóneo».
- Describir cómo lo haríamos, cómo solucionaríamos el problema.

5. **Seguimiento.** Es necesario hacer un seguimiento a la oferta.

## J. Desarrollo de actividad docente

826 La docencia es una actividad de gran interés para los abogados. A través de ella, se logra identificar **talento** de potencial interés para el despacho, aprender y sobre todo, fortalecer la reputación del profesional ante una audiencia de la que forman parte, casi con toda seguridad, clientes potenciales. Esto es algo que las grandes firmas han tenido claro desde hace mucho tiempo y en consecuencia, han apoyado sus estrategias de desarrollo de negocio en el establecimiento de **convenios** con las principales instituciones de formación (algunas incluso han creado sus propias instituciones y/o programas de formación).

Esta actividad docente puede desarrollarse en universidades, escuelas de negocios, así como en el marco de seminarios, congresos o charlas.

## K. Patrocinios

828 El patrocinio también denominado **mecenazgo** y « **sponsoring** », es definido por la RAE como la acción consistente en que una empresa, sufraga los gastos de un programa de radio o televisión, de una competición deportiva o de un concurso y a cambio recibe una contraprestación consistente en visibilidad a través de diversas formas. En el sector jurídico, es habitual el patrocinio, sobre todo por parte de los despachos extranjeros y de las **grandes firmas** vinculadas a las auditoras, de actividades formativas y divulgativas, organizadas por instituciones de formación y medios de comunicación, con la finalidad de promocionar su imagen y captar clientes.

Patrocinar a alguien o a algo, es siempre y cuando esté bien escogida la acción, una excelente **inversión**. La gestión de un patrocinio puede parecer a primera vista una tarea desprovista de complejidad: «Me piden que apoye algo y si me parece bien y tengo recursos económicos para hacerlo digo que sí y listo». Sin embargo, la realidad es que obtener lo mejor de un patrocinio exige bastante trabajo y creatividad. Un buen patrocinio es el de aquel evento o actividad en la que participan y/o escuchan y/o ven mis clientes potenciales y en el que yo tengo oportunidad de que me vean y/o escuchen o vean y/o escuchen lo que sé y puedo hacer por ellos.

Son susceptibles de patrocinio eventos deportivos, culturales, sociales, con fines solidarios, técnicos, políticos, etc. Hoy son tantas las actividades que se organizan y que buscan soporte financiero, que resulta muy complicado escoger. Realmente es complicado saber de antemano dónde se va a captar un cliente y la intuición juega aquí un papel clave. Los pasos básicos que se aconsejan seguir a la hora de fijar una **estrategia de patrocinios** son:

- 830 **a)** Tener claro el **presupuesto** que queremos dedicar.
- b)** Establecer un sencillo plan que describa el **tipo de actividades** con las que consideremos que mejor puede promoverse mejor la imagen del despacho y/o de sus profesionales, dónde incluso puedan llegar a captarse directamente nuevos clientes y entrar en contacto con los organizadores.
- c)** Determinar de qué forma se pueden comunicar mejor los mensajes elegidos para promover la firma y hablar con el organizador, para evaluar si es posible hacerlo. Lo normal es que el patrocinador nos ofrezca una serie de **contraprestaciones**, pero esté abierto a que nosotros, con nuestra creatividad y atendiendo a los objetivos de marketing que nos hayamos trazado, le propongamos alternativas. La experiencia dice que «casi todo» es posible.
- d)** Medir el **retorno de la inversión**, que habitualmente consistirá en logros como la ampliación de la cartera de contactos, de la de clientes, la mejora de la reputación o el fortalecimiento de la imagen de marca.

## L. Publicidad tradicional

832 Para la abogacía ha existido hasta tiempos recientes una prohibición de realizar publicidad. La *Ley Omnibus* ha sido también la responsable de la **liberalización** de dicha actividad. Como consecuencia de ello, en los últimos años, los despachos han invertido parte de sus presupuestos en el **desarrollo de campañas** para objetivos como:

1. **Atraer talento:** a través de la inclusión de anuncios de empleo y perfiles del despacho en guías de ferias de empleo, periódicos y sitios web.

2. **Atraer nuevos clientes:** a través de la inclusión de publicidad en radio (cuñas); TV (anuncios); prensa y revistas (anuncios) y soportes *on line*; portales verticales, páginas web, espacios exteriores (como marquesinas, mono postes publicitarios, etc.).

834 En función del objetivo de la campaña, la publicidad puede centrar su mensaje en la propia organización y su marca; en algún servicio concreto; en uno o más profesionales o en algún suceso acaecido. A diferencia de lo que ha ocurrido hasta hace sólo unos años, **no existen limitaciones en** cuanto a los **soportes** a utilizar por parte de los abogados, sin embargo, hay ciertas limitaciones en lo relativo al contenido/mensaje, que se justifican en los deberes de secreto profesional y otras obligaciones deontológicas del abogado. Por una parte, los abogados deben respetar la limitación que marca la LOPJ, al establecer el deber de secreto de los abogados y limitar la posibilidad de hacer públicos los hechos y manifestaciones en relación con su cliente, de los que tengan conocimiento por razón de cualquiera de las modalidades en el ejercicio de su actividad profesional ( LOPJ art.437.2 ). Además, los abogados tienen obligación de respetar lo establecido en el Estatuto General de la Abogacía Española ( RD 658/2001 art.25 ) que permite la publicidad siempre y cuando esta cumpla las siguientes **condiciones**:

- a) Que sea **digna**, leal y veraz.
- b) Que respete la **dignidad** de las personas.
- c) La legislación sobre publicidad, sobre defensa de la **competencia** y competencia desleal.
- d) Se ajuste a las **normas deontológicas**. Se ajusta a las normas deontológicas de la abogacía la publicidad que no suponga:
  - Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.
  - Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.
  - Ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o a sus causahabientes, en el momento en que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva.
  - Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado.
  - Hacer referencia directa o indirecta a clientes del propio abogado.
  - Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general.

Finalmente, se establece la **responsabilidad** de los abogados de garantizar que la publicidad que realicen las empresas para las que trabajen se ajuste a lo establecido en el estatuto (nº 750 s. ).

## M. Relaciones con los medios de comunicación

836 Los medios de comunicación que engloban hoy en día todo tipo de empresas y/o iniciativas, incluso, no empresariales, como por ejemplo, los blogs de expertos, se clasifican en función:

- del **formato de publicación**: en digitales y papel; y
- del **tipo de contenido**: en generalistas y especializados.

A su vez, en estos medios de comunicación, los mensajes aparecen reflejados a través de **diferentes formatos** como:



Los contenidos consistentes en noticias, entrevistas, reportajes, *posts* en *blogs*, *script* o guiones de los vídeos, son elaborados por los periodistas utilizando diversas **fuentes de información** y el objetivo, debería ser convertirse en referente informativo continuo de estos profesionales.

El **volumen** de información que reciben hoy los periodistas es ingente y por tanto, es clave lograr interesarles, pero ¿cómo lograrlo? En primer lugar, a través de los asuntos que se llevan, sobre todo si estos son de **interés público** o novedosos, como ocurre en casos como los fraudes, estafas que afectan a colectivos de afectados importantes. También puede interesarles saber si alguien de nuestro despacho es experto en un determinado tema pues así, en caso de requerir la opinión de un experto, nos llamarán y quizás seamos citados como referentes.

838 Por otro lado, es importante entender lo que valoran los periodistas a la hora de realizar su trabajo:

1. Rapidez en la respuesta.
2. Conocimiento técnico.
3. Experiencias de interés.

Las **noticias sobre nuestro despacho** llegan a los medios en unos casos porque han sido comunicadas por el mismo, y en otros, porque el periodista ha escogido un tema y llama para pedir información u opinión. Para ser «**top of mind**» en la mente de un periodista pueden utilizarse estas vías:

**a) Envío de notas de prensa.** Estas deberían respetar un formato estándar -idealmente expresado en una plantilla que respete la identidad corporativa-, con un **titular** (lo más breve posible y que contenga lo más llamativo de la noticia, aquello que hará que el lector potencial se interese y que nosotros queramos destacar); una o más **entradas** (otros aspectos que deseemos destacar de la noticia, expresados de forma muy concisa e impactante), el **texto de la nota**, bien estructurado y si es posible con «citas» para darle más vida a la noticia y, si se desea una «**Nota a editores**» que resume en unas líneas las claves de quien remite la nota. A la hora de redactar una nota es importante recordar la queja principal de los periodistas y es que reciben a menudo las notas que contienen más «publicidad», que «noticias» y sólo lo segundo, interesa a la redacción. Lo primero es cosa del departamento de publicidad del medio, no de su redacción.

**b) Realización de ruedas de prensa,** cuando se desee comunicar sobre asuntos de mucha relevancia y que vayan a atraer a los periodistas.

**c) Encuentros personales con los medios:** desayunos o almuerzos de trabajo y entrevistas tú a tú con periodistas.

**d) Convocatoria a medios** cuando se organizan eventos como presentaciones de libros, desayunos o charlas, seminarios temáticos, etc.

**e) Remisión de tribunas de opinión,** sobre todo cuando acaece un suceso merecedor de ser tratado de forma monotemática como pueden ser, una nueva norma o una sentencia ejemplarizante.

## N. Premios, rankings y directorios

840 Un área de gran interés para despachos y profesionales es la de los premios, rankings y directorios. En este campo, abogados y responsables de marketing están obligados a trabajar mano a mano. Estas **herramientas de marketing**, muy asentadas en los mercados anglosajones, pueden llegar a asustar al neófito, pero con la estrategia adecuada y un buen trabajo, ser premiado o reconocido en un ranking es un objetivo alcanzable. Las pautas claves para lograrlo son las siguientes:

### 842 Premios

Presentarse a un premio y sobre todo, resultar galardonado es una excelente forma de obtener reputación. La razón de ser de los premios corresponde en general a dos tipos de motivaciones:

a) La **autopromoción** de quien lo organiza, (habitualmente editoriales, medios de comunicación, escuelas de negocio y otro tipo de empresas), que a través de la convocatoria de un premio se acerca a su público, obtiene reconocimiento en el sector, logra aumentar su base de contactos y el posicionamiento de su marca.

b) **Altruistas**, en el caso de los organizados generalmente por entidades sin ánimo de lucro, fundaciones y asociaciones, con finalidades como la de fomentar las buenas prácticas en un sector determinado.

Hay premios de muy diverso carácter. Los hay que reconocen la labor técnica de los profesionales; los hay que premian al despacho o la labor social o innovadora o la calidad del servicio prestado.

Por otra parte, hay **premios y reconocimientos** a los que sólo un tercero puede presentarnos como candidatos, pero la mayoría nos permiten preparar a nosotros mismos la candidatura. Lo que tienen casi todos en común, es que elaborar la documentación necesaria para concurrir, suele exigir bastante esfuerzo y hay que hacerla bien.

844 Presentar una candidatura a un premio es un «proyecto» y debe ser gestionado como tal, teniendo en cuenta que habrá que destinar unos **recursos financieros** (ya que algunos exigen el pago de una cuota); **humanos** (pues la preparación de la documentación exigida normalmente es tediosa y no puede contener errores). Estos serían los **pasos** a dar:

1. **Identificar los premios** a los que nos interesa presentar candidaturas y que serán aquellos que nos permitan lograr mejorar nuestra reputación de cara a cualquiera de los *stakeholders* o grupos de interés de nuestro negocio. En consecuencia, la primera pregunta a responder sería: ¿cuáles son los premios que van a valorar mis clientes y empleados? Y la respuesta es bastante obvia, mis empleados aquellos que prueben que el lugar de trabajo es uno de los mejores; un lugar en el que se innova y aprende. Por su parte, los clientes valorarán aquellos que premien el saber hacer; la experiencia en el campo que coincida con el de aquel para el que buscan cubrir el servicio legal.

2. Una vez seleccionados los premios más idóneos, hay que **preparar la documentación**. Para ello es clave analizar con detenimiento las bases de la convocatoria, que por lo general suelen detallar todo lo necesario para que entendamos qué se valora, quién lo valora y cómo se valora. Para hacer bien este trabajo, no hay más consejo, que el de analizar la documentación que hay que presentar para las candidaturas.

3. **Presentar la candidatura en plazo**. Lo habitual es que haya unas instrucciones que expliquen cómo preparar las candidaturas y los criterios que se tendrán en cuenta a la hora de elegir a los premiados. La candidatura debe competir no sólo en contenido, sino también en forma. Si fuera necesario deben contratarse no sólo los servicios de traducción, sino los de edición. Además es importante, que la candidatura tenga en cuenta el tipo de jurado, así como el volumen de candidaturas que previsiblemente habrá. El jurado es quien va a juzgar la idoneidad de mi pretensión y por tanto, es importante hacer el ejercicio de analizar quienes lo conforman y reflexionar sobre qué pueden valorar más.

4. Y finalmente, si se tiene la buena fortuna de ser premiado, es importante realizar una **campana de comunicación**, remitiendo una nota de prensa a los medios e incluyendo por ejemplo en todas las comunicaciones de la firma una mención al premio con su logo o insertando una noticia en el sitio web.

### 846 Rankings y directorios

La principal diferencia entre los rankings y los directorios estriba en que mientras el ranking compara, el directorio simplemente refleja información sobre el despacho o sus profesionales. Los primeros directorios se editaban en papel. Hoy es cada vez más frecuente que se trate de productos sólo disponibles en Internet que además de ofrecer la posibilidad de insertar un «**perfil**» del despacho (informaciones identificativas y básicas sobre el despacho y sus profesionales), ofrecen otro tipo de herramientas de marketing, como por ejemplo, la opción de incluir un video, anuncios, de participar en foros o responder a preguntas planteadas a través de un formulario. Los rankings son herramientas típicamente anglosajonas. Como bien es sabido, esa cultura fomenta la **competitividad y la comparación**. Análisis e información son las bases de los rankings que permiten el *benchmarking* a clientes y a los propios despachos. En nuestro país la prohibición de suministrar nombres de clientes y asuntos, ha impedido el desarrollo de estos productos, al nivel de otras jurisdicciones. Sin embargo, para aquellos despachos que compiten

por conseguir clientes internacionales o que ambicionan tener una imagen internacional, es necesario estar presente en estos rankings.

Dentro de los rankings, hay unos centrados en los despachos y sus resultados y otros, cuyos principales protagonistas son los abogados. Los estudios que se han hecho, muestran que los rankings son utilizados esencialmente por quienes contratan abogados sobre todo como herramienta para seleccionar; también como acicate en el que para apoyar la decisión de haber seleccionado a uno u otro **abogado o despacho** ante la alta dirección y finalmente, como herramienta de publicidad on line (dado que estos rankings por lo general tienen buenos posicionamientos en los principales buscadores de Internet).

848 Las editoriales elaboran estos rankings en unos casos consultando al despacho y a sus abogados, así como a sus clientes. En otros solamente a los segundos. Para ser incluido en un ranking hay que hacer un **plan de trabajo** en cuatro **pasos**:

**1. Estudio de mercado.** El objetivo sería analizar en qué rankings y directorios debe participar el despacho. Factores como el ámbito de actuación real y el deseado, nacional o internacional nos ayudarán a determinarlos.

**2. Análisis y planificación.** El objetivo de este paso es examinar individualmente cada ranking o directorio para decidir si el despacho o el profesional deberían y/o tienen posibilidades de ser incluidos en ellos. Una vez tengamos claro dónde queremos y de forma realista podemos estar (porque objetivamente estamos al nivel de aquellos con los queremos competir en el ranking), prepararemos un plan de trabajo con **objetivos y recursos necesarios** (de personal) ya que la gestión de la información para los rankings es una tarea que exige realizar un trabajo de calidad y en unos plazos determinados; y económicos: si decidimos incluir inserciones publicitarias en los rankings y perfiles en los directorios) para llevarlo a cabo.

**3. Contacto.** Habrá que conocer bien la forma cómo se recopila la información, así como los criterios de comparación y para ello, lo ideal es contactar con los responsables y, establecer una relación estrecha con ellos.

850 **4. Suministro de la información.** En la mayoría de los casos el despacho tendrá que suministrar la información que servirá de base, normalmente consistente en una **descripción de los asuntos** que se han llevado y de los abogados que intervinieron. Además, algunos directorios obtienen información sobre lo que los clientes piensan de los despachos. Para este supuesto es importante gestionar de forma correcta la **autorización** de los clientes para facilitar sus **datos**. Al cliente le quitará tiempo responder a esta solicitud de la editorial, y en consecuencia, debería estar de acuerdo con participar.

Los despachos tienen que presentar a las editoriales, en las fechas que estas marquen, sus *submissions*, que son un conjunto de informaciones, bien ordenadas, correctamente redactadas (en perfecto inglés si lo que pretendemos es entrar en uno de los rankings o directorios que editan empresas del Reino Unido o EE.UU.). Los abogados son los **custodios** de estas informaciones, si no colaboran con los responsables del área de marketing no será posible remitir a tiempo esta información. Son ellos quienes mejor pueden explicar lo que han hecho y sobre todo lo que han hecho mejor que otros y que puede hacerles merecedores de estar bien posicionados en los rankings.

**5. Evaluación de resultados y planificación.**

852 **Conclusión**

Aparecer en los directorios y rankings dependerá al menos en parte de nuestra voluntad de estar allí y exigirá disponer de dos tipos de recursos: el **humano**, capaz de preparar el «perfil» que queremos que se publique y el **económico**, para cubrir el coste del derecho a la publicación, en el caso de que se decida incluir un perfil de pago o un anuncio. La labor del equipo de marketing es clave en este campo, pero sin la colaboración de los abogados, intentar entrar o posicionarse mejor en un ranking será una batalla perdida.

## Ñ. Desarrollo de negocio vía Internet

854 Internet ha cambiado radicalmente el **modelo de negocio de la abogacía**. Son muchos los que se han dado cuenta de ello, si bien, también son numerosos los profesionales que se resisten a considerar Internet como canal para promocionar o incluso prestar sus servicios. El abogado que cree en Internet como canal válido para la captación de clientes, puede ofrecer información a través de un **blog** en el que por ejemplo, disecciona de forma práctica **problemas jurídicos** o bien, a través de un buen sitio web, creando canales para que se le planteen problemas y posibles vías de solución. También se puede ofrecer asesoramiento respondiendo como experto en **foros** o abriendo un **chat** para consultas de clientes.

Hoy casi todas las **firmas medianas y grandes** y muchas pequeñas, están presentes de una u otra forma en todos o algunos de este tipo de canales: *blogs* temáticos, participación como expertos en foros especializados; colaboración con medios de comunicación *on line*; webs corporativas o presencia y conversación en redes sociales.

A continuación se han clasificado las 10 herramientas utilizadas con más frecuencia y en función de si se llevan a cabo en un **entorno real o virtual**, es decir, en Internet.

Sitio Web	SEO: Search Engine Marketing	SEM: Search Engine Optimization
Edición de Publicaciones digitales: ebooks, folletos, newsletters, etc.	Vídeo marketing	E-learning / Webinars
Conversación en redes sociales	Email marketing	Prestación de servicios on line

Con Internet han cambiado los medios a utilizar por los despachos de abogados para llegar a sus clientes. Internet es utilizado por estos últimos para recabar información sobre su problema, buscar profesionales e incluso contratar y recibir el servicio.

#### 856 Sitio web corporativo

Una de las claves para tener un buen sitio web es determinar de forma muy clara a la hora de contratarlo sus requerimientos, esto es los requisitos que deberá cumplir en cuanto a arquitectura, diseño, contenidos, utilidades, etc. Para ello se elaborará un *briefing*, que debe incluir los **objetivos** que se pretenden conseguir a través del sitio, su arquitectura (es decir cómo se estructurarán los contenidos), las **herramientas** de las que debe disponer (como por ejemplo, blogs, foros, e-learning, pasarela de pago, etc.); qué **funcionalidades** se requiere que tenga (publicar información, mandar mensajes, recoger datos, etc.) y quién será **responsable** de llevar a cabo dichas tareas (hay que decidir si se harán internamente o se subcontratarán a un experto en marketing *on line*).

A continuación, recogemos la **estructura** típica de un sitio web de una firma de abogados:

- **Sobre nosotros:** Quienes somos, visión, misión, valores.
- **Sobre el equipo de profesionales:** Perfiles que reflejan la experiencia y conocimiento de los profesionales y sus datos de contacto.
- **Sobre las áreas de especialización y la experiencia del despacho:** A través de explicaciones sobre cada especialidad, listado del tipo de asuntos para los que se ofrece el servicio y casos de éxito o credenciales.
- **Sala de prensa:** Esta suele estar estructurada en sub apartados como **fototeca** (con recursos gráficos disponibles para su utilización por los periodistas para ilustrar sus noticias sobre nuestro despacho), la **logoteca** (con archivos en versiones de más y menor peso). También **audios y vídeos** pueden estar almacenados en este apartado. Muy común es la ubicación de un dossier de prensa, que no es más que una presentación corporativa, completa y actualizada. Dar la opción de suscribirse a la **base de datos** de prensa del despacho es una utilidad importante que incluyen muchas salas de prensa.
- **Publicaciones del despacho** (artículos, informes, *newsletters*, reconocimientos y premios, los recursos audiovisuales).
- **Blog** colección de artículos, llamados *posts*, que tienen un título, una breve descripción de su contenido, un texto y que son clasificados en función de categorías, además de asignárseles unas etiquetas o *tags*, que permitirán la mejor indexación de su contenido en los buscadores.
- **Varios:** Contacto, avisos legales, política de protección de datos y preguntas más frecuentes.

#### 858 SEO o «Search Engine Optimization»

En Internet existen varios buscadores que permitirán encontrar el contenido que se desea. El más popular es Google, pero existen otros muchos como Bing o Mozilla. Su funcionamiento es el siguiente: **rastrean** los servidores que alojan páginas webs de forma permanente, indexando su contenido e incorporando a su base de datos de forma automática y periódica una copia de las páginas visitadas. Al ser registradas, el buscador asigna a las páginas, un

**posicionamiento** asociado a una serie de **palabras clave**. Cuando un usuario las introduzca en el buscador, este devolverá como resultado aquellas páginas que tiene clasificadas bajo estas palabras.

El **SEO** es la técnica que persigue el óptimo posicionamiento de una página web en Internet. Para lograrlo los buscadores ofrecen una serie de instrucciones en guías que explican cómo mejorar nuestro ranking y visibilidad.

Cada buscador tiene sus propias mejores prácticas, y ofrecen recursos para que los web masters logren el mejor posicionamiento. Entre los criterios que tienen en cuenta están el contenido de la página, la calidad de la misma, que se mide sobre todo por la **frecuencia** con la que se consultan los contenidos y su claridad (y que se basa en su estructura, enlaces, uso de palabras clave, es decir de aquellas que han llevado a quienes han visitado nuestra web a hacerlo y segundo, aquellas que han llevado a consultar las webs de nuestros competidores), los enlaces externos; la utilización de códigos html correctos; la inclusión de un mapa del sitio, etc.

#### 860 «Search Engine Marketing» (SEM)

El SEM es una técnica que se basa en el conocimiento de lo que buscan los clientes en Internet y en la posibilidad que se ofrece por varios buscadores de «patrocinar» dichos términos de búsqueda. Realizar una campaña publicitaria en uno de los principales buscadores no es complejo, ni exige un presupuesto muy elevado. De hecho las **herramientas** para gestionarlas se han diseñado para que resulten de muy **fácil manejo**, y permiten elegir el precio que queremos pagar, ya que funcionan según un sistema de subasta.

Cuando un usuario desea encontrar una información, la insertará en el buscador que devolverá un **resultado doble**: por un lado, las páginas webs que estén mejor posicionadas en su ranking (nº 858 ) y por otro, los llamados enlaces o páginas patrocinadas. Estas se habrán asignado a través de una subasta instantánea en la que participan quienes han destinado un presupuesto a la campaña, configurando su anuncio para que aparezcan con esos términos de búsqueda (p.e. «abogados Madrid»).

En lo que se refiere al sistema de pago, funcionan basadas en lo que se ha llamado, **coste por clic (CPC) o pago por clic (PPC)**. El anunciante define un precio máximo por clic para cada palabra clave. Ese precio es su «puja» y con ella participa en la siguiente subasta. Cuando su presupuesto se agota, su web dejará de aparecer bajo esa búsqueda. El precio de los clics varía según el nivel de competencia para cada término de búsqueda.

862 Los enlaces patrocinados incluyen un texto que debe tener una extensión máxima de una línea de 25 caracteres y dos de 35. El texto ha de ser muy descriptivo y conciso y debería enfatizar las USP: especialidad jurídica, precio, forma de pago, etc. Veamos a continuación algunos ejemplos ilustrativos, que simplemente hemos recogidos de Internet:



Uno de los Despachos Más Rigurosos  
y Eficientes de España. Consúltenos

Casos penales graves y urgentes

Bufete Abogados Serios y Expertos  
Primera Consulta Gratis

Solo cobramos si recupera su casa  
Consulta gratis con expertos

Herencia, Divorcio, Reclamacion  
Deutscher Anwalt Madrid, Erbschaft

Un enlace patrocinado debe llevar a lo que se llama una *landing page* o **página de destino**. En ella el usuario debería encontrar información que responda a las necesidades que motivaron su búsqueda en Internet y un formulario y/o datos de contacto del despacho.

En suma, este tipo de campañas destacan por su **flexibilidad**, ya que se pueden adaptar a nuestro presupuesto y objetivos y es posible segmentar con precisión a los destinatarios del mensaje. Tienen además la gran ventaja de permitir medir el ROI con gran precisión.

#### 864 Publicidad «on line»

A la hora de realizar una campaña es interesante conocer los diferentes tipos de formatos disponibles. Los **desarrollos tecnológicos** están trayendo consigo innumerables formatos y sobre todo, la opción de realizar campañas cada vez más creativas e interactivas. Es posible hoy distinguir entre:

1. Los **formatos estáticos**, que permiten un moderado grado de interactividad con el usuario;
2. Los **formatos dinámicos** enriquecidos, que permiten mayor interacción con los usuarios (Macromedia Flash/ Shockwave, JavaScript, HTML/CGI);
3. Los **formatos de vídeo estándar** (Formatos diseñados y servidos desde plataformas que utilizan lenguaje de programación y compresión avanzados como: *Unicast Superstitial, Enliven, Eyebaster, Motif*, etc. Plataformas que permiten un mayor y mejor uso de tecnologías *flash, streaming* de vídeo, como por ejemplo un anuncio de una película en el que se incluya una muestra de la misma, o una campaña publicitaria *online* que utilice el mismo spot utilizado en televisión) y finalmente.
4. Los **formatos de vídeo enriquecido**, que permiten más interacción que la visualización.

#### 866 Edición de publicaciones digitales

A los sitios web se han unido otras herramientas de comunicación, como las *newsletter* o **boletines informativos**, las publicaciones sobre nuevas leyes o jurisprudencia relevante, abriendo nuevas vías de contacto e información para el cliente. Hoy la edición impresa de un folleto, guía o revista en su versión papel casi ha pasado a la historia, y son las **versiones digitales** de los documentos las que han ocupado el lugar del papel. Los despachos de abogados se han

sumado a esta tendencia y editan todas sus herramientas de comunicación con los clientes en versión digital para difundirlas a través de sus web, del correo electrónico y de las redes sociales.

#### 868 Email marketing y vídeomarketing

La actividad del email marketing consiste en el envío de mensajes de correo electrónico de forma **personalizada** estructurados preferiblemente como se refleja en esta tabla:

Remitente

Asunto

Cuerpo del mensaje

Pie del mensaje

Por su parte, el vídeo marketing es la actividad dirigida a difundir mensajes publicitarios, utilizando como principal soporte uno o más vídeos.

Es importante distinguir entre el email y video marketing consentido (*permission marketing*), es decir aquel que se realiza con **autorización del destinatario**, del spam, es decir, el envío masivo de comunicaciones no consentidas.

Las claves para una **buena campaña de email marketing** son:

1. Tener una **buena base de datos**, con usuarios que hayan autorizado su inclusión en la misma para remitirles mensajes publicitarios. Puede tratarse de bases propias o adquiridas a un tercero.
2. Establecer unos **objetivos claros** y diseñar unos **mensajes adecuados** para lograrlos. Entre los objetivos que nos podemos proponer estarían los de la **fidelización** (envío de una newsletter o de un *flash* informativo), los de mejorar nuestro conocimiento sobre las necesidades de la **cartera de clientes** (encuesta de calidad), los de la captación de nuevos clientes o **venta cruzada** (envío de información sobre nuevos servicios, condiciones especiales como descuentos en el precio de un servicio si se contrata antes de una fecha determinada u organización de un evento tipo seminario de formación sobre una nueva norma, por ejemplo). La clave de una campaña de email estriba en el **ratio de conversión**, que dependerá de nuestros objetivos en cuanto al porcentaje de emails necesario para generar una venta; el número de suscripciones a un evento, etc.

#### 870 «E-learning»

El «**e-learning**» o **enseñanza a través de Internet** se ha desarrollado de manera exponencial en los últimos años. El abaratamiento y accesibilidad de las plataformas necesarias para llevar a cabo actividades de este tipo lo ha hecho posible. Este tipo de actividades ayudan sobre todo a construir reputación y a fidelizar a clientes. Las plataformas son

utilizadas para formar a clientes actuales y potenciales sobre novedades legislativas y jurisprudenciales o sobre los nuevos servicios que pueda ofrecer la firma.

## 872 Presencia en redes sociales

Las redes sociales son aplicaciones web destinadas a construir o reflejar las **relaciones sociales** entre las personas y que les permiten, además, compartir contenido: páginas web, imágenes, vídeos y textos. Una red social la conforman un conjunto de actores (individuos u organizaciones) conectados entre sí por uno o varios tipos de relaciones (amistad, parentesco, amorosas, emocionales, intereses comunes, intercambios comerciales o laborales...).

Para que una red tenga éxito, debe ser el reflejo de lo que ocurre en la realidad. Hay al menos 5 **razones** de peso para estar no sólo presente, sino activo en todos estos canales:

1. **Demostrar a otros los conocimientos que se tiene de algo.** La reputación de un abogado se gana demostrando que se es experto en algo y como hemos visto en anteriores epígrafes, es ese uno de los factores que más se tiene en cuenta a la hora seleccionar un profesional. Tener un blog y publicar de vez en cuando artículos difundiendo los a través de las redes a aquellos contactos que pensemos pueda interesarles es sin duda una buena forma de demostrar nuestro conocimiento. Participar en debates abiertos en **LinkedIn** o tener publicado un perfil profesional que refleje bien la experiencia y conocimientos, otras.

2. **Aprender más sobre una materia,** ya que para exponer el conocimiento en las redes sociales hay que estudiar, entender y expresar con absoluta corrección aquello de lo que se va a hablar. En Internet lo que se publica, perdura y por ende, puede difundirse con un efecto multiplicador incontrolable e irreversible.

3. **Ampliar y mantener viva la red de contactos.** Las posibilidades de incluir en una red de contactos personas nuevas a través de un encuentro personal es limitada, la de hacerlo a través de las redes virtuales, ilimitada, inmediata y sin coste.

4. **Conocer la opinión de otros sobre algo que nos interesa.** Las oportunidades que ofrecen las redes sociales para abrir debates y recabar opiniones por medio de encuestas son muy interesantes.

5. **Publicitar un nuevo servicio u otro tipo de noticias** sin necesidad de llevar a cabo campañas de publicidad *on line*. La mayoría de las redes ofrecen herramientas que permiten difundir esas noticias, como los tabloneros de Facebook o LinkedIn o el envío de un *tweet*.

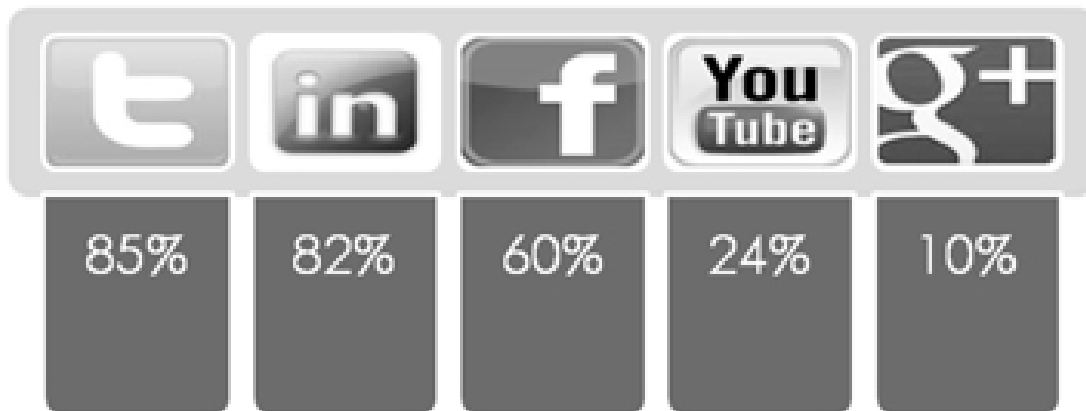
874 Aunque como hemos visto nuestro consejo es estar presente y activo en Internet, también lo es hacerlo siguiendo unas pautas claras. Para ello es interesante editar, un **manual de uso o estilo** del uso de redes sociales y presencia en Internet que especifique aspectos como:

1. No dar asesoramiento jurídico.
2. Respetar siempre el secreto profesional. No facilitar nombres de clientes, ni información de asuntos.
3. Tener actualizada y completa la información profesional que si incluya en los perfiles.
4. Escribir con corrección y respeto, sin entrar en debates estériles.

En relación con las **redes** en las que hay que estar presente, un consejo sería que el **abogado** se incorporara a aquellas en las que:

- esté más **cómodo**;
- estén sus **clientes actuales**;
- pueda captar **negocio**; y
- pueda **aprender**.

Además, es también útil para decidir donde «enredarse» conocer las redes preferidas por otros profesionales. En 2012, Martindale-Hubbell publicó los resultados de una encuesta realizada al colectivo que reproducimos aquí abajo y a la que puede accederse en el vínculo siguiente: <http://www.martindale-hubbell.co.uk/law-firm-websites>



## O. Responsabilidad social de la abogacía

876 A diferencia de otros sectores, donde la llamada responsabilidad social o responsabilidad corporativa es un concepto muy desarrollado e implantado, en el de la abogacía sigue siendo hoy aún una ambición incipiente. Sin embargo, en los últimos años se ha venido produciendo un **interés creciente** por este tema y la responsabilidad social de la abogacía es ya objeto de análisis en seminarios, congresos, encuentros y políticas de colegios profesionales y firmas de abogados. Aunque algunos criticarán la inclusión de un epígrafe sobre esta materia en un capítulo dedicado al «desarrollo de negocio, la publicidad y la comunicación institucional», hemos querido tratar aunque sea brevemente el tema de la responsabilidad social de la abogacía aquí, porque dentro de cualquier actividad calificable como tal, la faceta de la **difusión** es clave tanto si su realización requiere recabar fondos para ponerla en marcha (*fundraising*), como si lo que se necesita es captar voluntarios para desarrollarla.

La responsabilidad social de la abogacía incluye **actividades** tan **variadas** como la promoción desde un despacho de la defensa de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de los valores democráticos; la prestación de servicios jurídicos a personas e instituciones necesitadas (vía turno de oficio o programas de despachos de abogados o entidades del tercer sector, como fundaciones y asociaciones que promueven el llamado *pro bono*); la realización de actividades de voluntariado y de responsabilidad medioambiental.

### CAPÍTULO 6

## Aspectos económicos del ejercicio de la abogacía: financiación, minutación y tributación

880	<b>A. Financiación de la abogacía</b>	881
	1. Financiación de despachos de abogados	883
	2. Financiación de pleitos	886
	<b>B. Minutación</b>	890
	1. Tarifas de precios en el sector de los despachos profesionales. Hoja de encargo y la minuta	891
	2. Criterios de los colegios de abogados y su aplicación práctica	895
	3. Diferentes sistemas de minutación de honorarios aplicados por los despachos de abogados	897
	<b>C. Tributación de las sociedades profesionales</b>	906
	1. Sociedades profesionales desde el punto de vista fiscal	907
	2. Obligaciones fiscales	908
	3. Tributación	910

### A. Financiación de la abogacía

881	<b>1. Financiación de despachos de abogados</b>	883
	a. Fórmulas tradicionales de financiación	884
	b. Fórmulas innovadoras de financiación	885
	<b>2. Financiación de pleitos</b>	886

a. Costes en un proceso	887
b. Financiación de pleitos	888

882 A continuación se hace referencia a la financiación de los despachos de abogados y la financiación de pleitos.

La tipología de los despachos de abogados es extraordinariamente diversa en España y varía en función del tipo de cliente y el tipo de asunto hacia el que cada despacho se dirige. Por tanto, no puede decirse que exista una forma óptima de organización ni de financiación.

No obstante, con independencia de la estructura, hay algunos elementos cuyo **control** será imprescindible para llevar a cabo una adecuada gestión de la financiación durante el ejercicio de la profesión que permita limitar los riesgos empresariales de la actividad. En concreto, hay que tener en cuenta los siguientes **elementos**:

- la **inversión inicial** es limitada, en comparación con el ejercicio de otras actividades de naturaleza industrial, e incluso con respecto a otras profesiones liberales, que requieren mayor inversión en equipamiento (médicos, arquitectos, etc.);
- la **generación de los ingresos** de un despacho de abogados depende de la prestación de servicios por parte de alguno de los componentes del despacho, mientras que el resto de los integrantes prestan servicios auxiliares. Un adecuado reparto entre unos y otros es crítico para el éxito del despacho;
- el **periodo de generación** del ingreso es largo (normalmente, la duración de la prestación del servicio) y no suele estar relacionado con la periodicidad y el importe de los gastos en los que se incurre, por lo que cobra especial importancia planificar la estructuración de la facturación y el cobro de los servicios en relación con el devengo; y
- de igual modo, al no coincidir el devengo con la facturación, ni la facturación con el cobro, la **gestión de la tesorería** es casi tan importante como la gestión del ingreso.

### 1. Financiación de despachos de abogados

883 Los despachos de abogados, como cualquier otro tipo de empresa o industria, necesitan recursos con los que financiar su actividad.

Sin embargo, los despachos de abogados necesitan relativamente pocos **recursos** para financiar su actividad (e incluso pueden autofinanciarse), si se comparan con otro tipo de actividades (sobre todo las industriales), que son más intensivas en inversión en bienes de equipo.

Por otro lado, la mayor o menor necesidad de recursos estará íntimamente ligada al **tamaño del bufete** ya que no es lo mismo un despacho de abogados con dos o tres empleados que los grandes bufetes que cuentan con cientos de abogados. Como en el ejercicio de otras profesiones liberales y en la prestación de servicios, la financiación del ejercicio de la abogacía exige que se preste especial atención a la gestión de la liquidez.

Como punto de partida para entender la financiación necesaria, es preciso entender cómo es la **generación del ingreso**: la prestación de un servicio durante un periodo de tiempo con pagos en diferentes momentos, normalmente vinculados con el comienzo o con la terminación del servicio completo.

Esto conlleva que, durante periodos largos de tiempo, el despacho puede estar generando ingresos, pero sin percibir **entradas de tesorería** (bien por el esquema de facturación bien por la exposición a los retrasos en el pago por parte de los clientes) con independencia de los ingresos y, al mismo tiempo, mantiene muchas de sus salidas de tesorería por gastos periódicos.

#### 883.1 Gastos que necesita financiar un despacho de abogados

La financiación del ejercicio de la abogacía comprende dos grandes **áreas**:

1. La financiación del **sostenimiento de la estructura** se refiere a la financiación de la estructura del despacho que permite disponer de medios para desarrollar la actividad y, eventualmente, la generación de ingresos (esto es, los gastos de establecimiento, oficina, salarios, publicidad, web, etc).
2. La **financiación de la actividad** desarrollada por el mismo (asesoría jurídica en procedimientos, negociaciones de contratos y proyectos, etc.) se refiere al conocimiento y control que se exige al abogado de los costes que necesariamente genera su actividad y que deberán ser repercutidos al cliente, o asumidos por el propio despacho. Un claro ejemplo es el procedimiento judicial, que tiene gastos anudados como los de notaría (apoderamientos, etc.), procurador (en aquellos casos en que sea necesario), coste de intervención de otros profesionales (peritos, etc.), tasas judiciales o costes de cortes arbitrales, etc. Con independencia de quién asuma finalmente estos **costes**, el abogado debe conocerlos y tenerlos en consideración, no solo por el gasto que supone, sino para la gestión de la tesorería y para dar cumplida información al cliente de su existencia e importe y evitar eventuales controversias sobre quién debe asumir qué gasto.

Dentro de la vida de un despacho de abogados pueden establecerse dos momentos principales para la **planificación del gasto**: el establecimiento del despacho y el desarrollo de su actividad ordinaria.

### 883.2 Gastos de establecimiento del despacho

La instalación de un despacho es un momento crítico que exige planificación para garantizar el éxito del proceso. Esto se debe principalmente a que:

- la mayor parte de los **gastos no periódicos** del proyecto deben afrontarse en este momento; y
- las tareas de otra naturaleza que lleva aparejadas suelen conllevar la **pérdida** de la **capacidad de generación de ingreso** (los abogados del despacho deben dedicar su tiempo a las tareas de establecimiento de la estructura).

Los **gastos habituales** que deben tenerse en consideración en el establecimiento son los gastos relacionados, entre otros, con:

- la **constitución**, en su caso, de la persona jurídica a través de la cual se vaya a ejercer la profesión (otorgamiento de la escritura de constitución, inscripción en el registro correspondiente, liquidación del impuesto aplicable);
- la apertura de un **local** al público (constitución de arrendamiento, intermediarios, obtención de garantías de pago como avales, etc., obtención de licencias informáticas y de otro tipo);
- la compra de **equipos** (ordenadores, mobiliario, decoración, electrodomésticos, material de oficina, etc.); o
- el **inicio** de la **actividad** (gastos de promoción, estudios de mercado, diseño de imagen, creación de página web, etc.).

En el **control** de esta **inversión inicial** deberá tenerse en cuenta que, con el Plan General Contable de 2007 hay que distinguir entre los **gastos de primer establecimiento** (por ejemplo, los gastos de publicidad del lanzamiento, de estudio e investigación de mercados, de selección y capacitación del personal o de puesta en marcha), que se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se incurran y los **gastos de constitución** (los obligatorios para crear la empresa como gastos de escrituras, inscripción, impuestos, etc.), que se contabilizan como reservas y dan lugar a un ajuste extracontable en el impuesto de sociedades.

### 883.3 Gastos de desarrollo de la actividad ordinaria del despacho

En esta categoría podemos distinguir entre:

- a) **Gastos ordinarios**. Entre los gastos ordinarios encontramos gastos como el alquiler de las oficinas donde se prestan los servicios, el pago de las nóminas de los abogados y del personal de apoyo (secretarías, personal de biblioteca, contabilidad, traducción, servicios internos, reprografía, etc.), reposición de ordenadores, mobiliario (sillas, mesas, etc.), material de oficina.
- b) **Gastos extraordinarios**. Tendrán esta consideración aquellos gastos como los fichajes de socios de otros despachos, la expansión mediante la compra de otros despachos, etc.

### 883.4 Gastos de personal

Como prestación de servicios que es, el **gasto de mayor importancia** en que incurre un despacho de abogados, tanto por volumen como por su relevancia (para la generación del ingreso) es el gasto de personal. Desde la perspectiva de la financiación del despacho resulta esencial la **clasificación del personal**:

- **generadores de ingresos** son aquellos profesionales que prestan un servicio directamente al cliente, por el cual el despacho percibe un ingreso (abogados, economistas, u otros asesores); y
- **personal auxiliar** es todo aquel trabajador que ayuda a la generación del ingreso pero no la provoca directamente (en el personal auxiliar estarían incluidos los documentalistas, paralegales, secretarios, informáticos, etc.).

Es importante mantener un **equilibrio** razonable entre ambos tipos de personal, pues ambos son imprescindibles para la supervivencia del despacho. Cada persona debe tener una idea suficientemente clara de a qué categoría pertenece (o en qué porcentaje pertenece a cada una) y asegurarse de ejecutar la tarea que le corresponde.

### 883.5 Estructura óptima de financiación en los despachos de abogados

Entendemos por **estructura financiera** la suma de recursos propios y ajenos que permiten que un despacho funcione normalmente haciendo frente a sus compromisos y necesidades de inversión.

No existe una estructura óptima de financiación, ya que esta dependerá del tipo de ejercicio de la actividad del despacho concreto. En general, cuanto mayor sea el periodo de generación del ingreso, mayor será la necesidad de financiación del despacho. Asimismo, cuanto antes se produzca la entrada de tesorería en relación con el devengo del ingreso (mediante provisión de fondos u otro tipo), menor será la necesidad de financiación. En general, hay diferentes **tipos de organización** de un despacho de abogados, lo que incidirá en la estructura financiera. La organización se define en relación con el tipo de servicio que se presta y el tipo de cliente al que se dirige.

a) **Despachos de abogados** en que todos o la mayoría de los abogados ejercen una **actividad por cuenta propia** y están vinculados entre ellos por una relación que no es laboral (y pueda ser, eventualmente, mercantil). Estos despachos tienen normalmente pocos empleados. Los empleados existentes suelen ser no juristas (no generan ingresos del cliente). Se suelen constituir como sociedad limitada profesional (SLP), Agrupación de Interés Económico o una comunidad de bienes, llegando incluso a compartir gastos sin contar con una estructura formal.

b) **Despachos** de abogados en que **un socio** tiene un número importante de abogados y otro tipo de personal a su servicio. Esta tipología se corresponde generalmente con aquellos despachos de abogados que se han especializado en pleitos en masa y estructuras de negocio similares.

c) **Despacho** de abogados donde existen **varios socios**, que incluyen a su vez en sus equipos tanto abogados asalariados como personal auxiliar. Este sería el caso de los grandes despachos de abogados de nuestro país (tanto nacionales como internacionales).

#### 883.6 Crisis de los despachos de abogados

Si un despacho de abogados no se financia como es debido, y no es capaz de hacer frente puntualmente a sus obligaciones de pago, podría llegar al extremo de entrar en **concurso de acreedores**. Si un despacho de abogados entra en concurso de acreedores, deberán plantearse los interrogantes típicos de esta fase de la vida de una empresa. En todo caso, como señala la exposición de motivos de la Ley Concursal ( L 22/2003 ) la **solución** preferida a esta situación es el convenio y no la liquidación, y por lo tanto, se busca la continuidad empresarial. Durante la tramitación de este procedimiento y como regla general, las relaciones contractuales se mantienen.

#### a. Fórmulas tradicionales de financiación

884 Las fórmulas tradicionales de financiación (interna y externa) deben distinguirse de las fórmulas innovadoras de financiación (nº 885 s. ).

#### 884.1 Financiación interna

Dentro de las fórmulas tradicionales de financiación interna encontramos la que se consigue en virtud de la constitución de la sociedad (mediante la aportación del capital social), la ampliación de capital, la generación y reinversión de propios beneficios y los sistemas de financiación del despacho por los socios.

#### 884.2 Capital social

La primera fuente de financiación de los despachos de abogados se produce en virtud de la **aportación** al capital social por parte de los socios constituyentes.

Sin embargo, pudiera ser que **no** exista una **aportación de capital** por los socios en aquellos despachos de abogados que no adopten la forma de sociedades de capital.

En este sentido distinguimos entre:

- formas no societarias;
- sociedades civiles, colectivas o comanditarias simples, que no necesitan aportación de capital para su constitución; y
- sociedades de capital (esto es, las sociedades de responsabilidad limitada (forma social adoptada por la mayoría de los despachos de abogados), sociedades comanditarias por acciones y sociedades anónimas (formas sociales poco utilizadas por los despachos de abogados) que, como es bien sabido, necesitan aportación de capital para su constitución.

Si se opta por constituir una **sociedad de capital**, y sin perjuicio de su análisis detallado en el capítulo correspondiente, la LSC art.4 establece que el capital de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a 3.000 euros y que el capital social de la sociedad anónima (y, por la remisión de LSC art.3.2 , de la sociedad comanditaria por acciones) no podrá ser inferior a 60.000 euros.

Si se opta por una **forma no societaria**, o por una sociedad distinta de las de capital, a pesar de que el capital social no es un requisito legal para su constitución, lo habitual será contar con algún tipo de fondo inicial. Este **fondo inicial** puede ser «el dinero o bienes» que los socios de la sociedad civil se obligan a poner en común en virtud del CC art.1665 , puede ser la propiedad de la cosa o derecho que pertenece pro indiviso a varias personas según el CC art. 392.

#### Precisiones

La creación de una estructura societaria no es necesaria para el ejercicio de la profesión. En función de las necesidades del abogado, podrá acudir a diversas **formas de organización**, como el ejercicio

individual, la comunidad de bienes, la sociedad limitada, la sociedad laboral o la sociedad cooperativa. Al respecto, pueden consultarse las ventajas de unas y otras para el Consejo General del Poder Judicial (<http://www.abogacia.es/2014/07/31/formas-juridicas/>).

### 884.3 Ampliación de capital

Cuando el despacho de abogados necesita obtener **nuevos fondos** sin tener que acudir a fuentes de financiación ajenas puede optar por una ampliación de capital (con la que también se obtiene un incremento del patrimonio del despacho). Esta es la forma tradicional de dar entrada a los **nuevos socios**, sea en el marco del plan de promoción interna de abogados ya presentes en la firma, sea en el marco de un programa de expansión del despacho.

Es necesario destacar, sin embargo, que no siempre la ampliación de capital comporta un correlativo **aumento del patrimonio** de la sociedad. Esto ocurre cuando los fondos o aportaciones con los que se desembolsa el nuevo capital pueden estar integrados en el patrimonio social con anterioridad a la operación (por ejemplo, en aquellos casos de capitalización de créditos o de reservas).

Por ello, pueden existir distintas **modalidades de aumento**, en función de que el contravalor de la ampliación de capital consista en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias, en la aportación o compensación de créditos contra la propia sociedad, o en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en el patrimonio.

En este sentido, hay que destacar la importancia de la L 2/2007 art.17.2 , de sociedades profesionales, que establece, entre otros:

- que los socios de un despacho de abogados no gozarán del **derecho de suscripción preferente** en los aumentos de capital que sirvan de cauce a la promoción profesional (ya sea para atribuir a un profesional la condición de socio profesional, ya para incrementar la participación societaria de los socios que ya gozan de tal condición), salvo disposición en contrario del contrato social; y
- que en los aumentos de capital, el despacho de abogados podrá emitir las **nuevas participaciones o acciones** por el valor que estime conveniente, siempre que este sea igual o superior al valor neto contable que les sea atribuible a las participaciones o acciones preexistentes y, en todo caso, al valor nominal salvo disposición en contrario del contrato social.

#### Precisiones

La promulgación de la L 2/2007 , de sociedades profesionales pretendía, entre otras cosas, resolver el problema de los profesionales que deseaban ejercer la profesión de forma conjunta, pero que veían como el Registro Mercantil se negaba a inscribir sus **sociedades** por el hecho de que su **objeto** fuera la **prestación de servicios profesionales** ( DGRN Resol 2-6-86 ; 23-4-93 ; 26-6-95 ). Durante los años posteriores a su aprobación, parecía que los profesionales podían optar entre una u otra figura. La sentencia TS 18-7-12, EDJ 202306 , optó por establecer que, cuando los estatutos incluyen actividades profesionales como objeto social, la sociedad ha de ser sociedad profesional y someterse a la L 2/2007 . La DGRN ha seguido esta tesis ( DGRN Resol 5-3-13 ; 16-3-13 ). Las diferencias en materia societaria, fiscal, laboral y del régimen de responsabilidad de una y otra, hacen aconsejable extremar la precaución a la hora de escoger la forma jurídica

### 884.4 Generación y reinversión de los propios beneficios

Es la forma de **financiación** de un despacho **más eficiente**, desde un punto de vista de prudencia financiera. La financiación externa, tanto la bancaria como la proveniente de socios o, en su caso, mercados de capitales, tienen un coste financiero, conllevan riesgos y generan gastos tanto para su entrada como para su salida.

La financiación a partir de la **reinvertión de beneficios** no genera gastos adicionales, no obliga a terceros a asumir riesgos, ni genera obligaciones de reintegración que grave a la propia estructura del despacho.

No obstante, la normativa fiscal impone **limitaciones** a la reinversión de los beneficios de los despachos de abogados, obligando a los socios a un reparto mínimo del resultado, por lo que este método de financiación debe ser utilizado siempre en consideración a las normas fiscales en vigor.

Por otra parte, no debe olvidarse que esta forma de financiación asume no solo que el **negocio** ya está en marcha, sino que es **rentable**, por lo que a pesar de sus bondades normalmente solo se podrá acudir a ella transcurrido un tiempo desde el comienzo de la actividad profesional.

### 884.5 Sistemas de financiación del despacho por los socios

Una alternativa seguida por algunos despachos para responder al contexto de crisis económica ha sido la **limitación del número de socios** nombrados, con el consiguiente impacto en la estructura salarial. Como alternativa, se han generado figuras diferentes a la del socio que no están vinculadas laboralmente con el despacho, como **consejeros** o *counsels*. En otros casos, el movimiento ha sido el contrario, optando por la **conversión en socios** de miembros del despacho que estaban vinculados por una relación laboral. Este último movimiento tiene como consecuencia, por



un lado, el abaratamiento de los costes laborales y, por otro, la apertura de nuevas fuentes (al menos, de fuentes adicionales, aunque no sean nuevas) de financiación para el despacho: estos nuevos socios de cuota aportan capital, por un lado, y pueden financiar mediante préstamos a la empresa, llegado el caso.

#### 884.6 Carácter de inversores de los socios no profesionales

La L 2/2007 introdujo la posibilidad de que hubiera socios de despachos de abogados que no fueran abogados ejercientes, esto es, que sean dueños del despacho sin contribuir directamente al negocio. Esto abrió una nueva vía de financiación de los despachos de abogados, la de la admitir en los mismos **socios exclusivamente capitalistas**, que en consecuencia no realizan una prestación accesoria consistente en el servicio profesional. Como sabemos, la L 2/2007 art.17.2 establece que las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevan aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta:

- que, como mínimo, la **mayoría del capital** y de los derechos de voto (o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en los despachos de abogados no capitalistas), habrán de pertenecer a socios profesionales ( L 2/2007 art.4.2 ); y

- que al menos la mitad más uno de los **miembros de los órganos de administración** sean socios profesionales. Por lo tanto, con carácter general, la inclusión de socios no profesionales en despachos de abogados podría tener como objetivo la aportación de recursos propios al mismo ( L 2/2007 art.4.3 ).

#### 884.7 Financiación externa

Los despachos de abogados disponen de dos **vías** de financiación externa: la financiación bancaria, por un lado, y la financiación vía mercados de capitales, por otro (con predominio absoluto de la primera, lo que se corresponde con la tónica de la fuentes de financiación de las empresas de nuestro país).

Con la **financiación bancaria** los despachos de abogados se financian a través de préstamos, créditos y otras modalidades de financiación concedidos por las entidades que participan en el mismo (principalmente bancos). Por su parte, en los **mercados de capitales** los despachos de abogados se pueden financiar a través de la emisión de instrumentos de renta fija para su suscripción bien por el público en general bien por los tradicionalmente llamados inversores institucionales.

#### 884.8 Financiación bancaria y otros

Es el método más común de financiación externa de los despachos de abogados. Las operaciones de financiación bancaria son de distinta naturaleza, siendo las más frecuentes las siguientes:

a) **Préstamo**. El despacho de abogados recibe un dinero, mediante un contrato que le obliga a devolver el principal y a abonar los intereses y los gastos derivados de la operación (comisiones) en un plazo determinado de tiempo. Suelen contar con garantía personal o real.

La **devolución** de los préstamos suele tener lugar mediante pagos parciales periódicos (generalmente semestrales o anuales) a partir de una determinada fecha (denominándose periodo de carencia el que media entre la disposición y el comienzo de la devolución de los fondos).

Ello no quiere decir, sin embargo, que no existan también préstamos íntegramente repagables a su fecha de vencimiento (*bullet*), siendo precisamente la libertad y flexibilidad de las partes para acordar **regímenes de amortización** específicos una de las características propias de los préstamos que los hacen tan atractivos.

b) **Cuenta o línea de crédito**. La entidad de crédito pone dinero a disposición del despacho de abogados hasta una cantidad límite y por un plazo determinado, durante el cual el despacho de abogados podrá disponer libremente del crédito en función de sus necesidades.

Es una fórmula de financiación que los despachos de abogados utilizan habitualmente. Se paga una **comisión de disponibilidad** sobre el importe puesto a disposición y solo se pagan **intereses** por el importe efectivamente dispuesto.

El crédito puede ser:

- **simple**, cuando se concede al despachos de abogados el derecho a disponer por una sola vez, en uno o varios actos, del crédito; o

- **en cuenta corriente**, que permite, además de disponer de los fondos, realizar reintegros y reembolsos, de manera que se reitere en el tiempo la disponibilidad que la entidad de crédito ha concedido, recibiendo así la denominación de cuenta de crédito que en la práctica recibe este contrato.

c) **Descuento comercial.** La entidad de crédito anticipa al despacho de abogados el importe de un derecho de crédito que este tiene frente a un cliente, con deducción de una cantidad o porcentaje en concepto de interés y a cambio de la cesión *bullet*, salvo buen fin del propio crédito.

El contrato de descuento permite al despacho de abogados, titular de un derecho de crédito con vencimiento aplazado y por tanto no inmediatamente realizable, movilizarlo y liquidarlo mediante su cesión a otra persona, la entidad de crédito. Esta, a cambio, proporciona al despacho de abogados un anticipo dinerario y se lucra a través de la comisión que descuenta del importe nominal del crédito.

d) **Leasing.** La sociedad de arrendamiento financiero o arrendadora (que necesariamente ha de ser una entidad financiera o sociedad de arrendamiento financiero) que intermedia en la operación adquiere un determinado bien, siguiendo las especificaciones del despacho de abogados, para cederle a continuación su uso a cambio de una contraprestación consistente en el pago de cuotas periódicas.

El contrato se completa con una **opción de compra** a favor del despacho de abogados ejercitable al término del plazo de duración del contrato, que suele coincidir con la vida útil del objeto, a cambio del pago de un precio, que suele coincidir con el valor residual del bien.

Este contrato ha de tener una **duración** mínima exigida por la ley, de 2 años si el objeto es un bien mueble, y de 10 años si el objeto es un bien inmueble.

De esta manera, el despacho de abogados **puede optar** al término del plazo del contrato por la adquisición del bien, su devolución a la entidad financiera o, en su caso, la celebración de un nuevo contrato.

Esta modalidad cuenta además con importantes **ventajas fiscales.**

e) **Renting.** Es una variedad de financiación a corto plazo. Se trata de un alquiler de bienes por plazo variable, mediante el pago de cuotas. A diferencia del leasing, en el renting la conservación y mantenimiento corre a cargo del propietario del bien arrendado. **No** suele tener una **opción de compra** aunque normalmente se concede al usuario la posibilidad de adquirir el bien por el valor residual del mismo. Al igual que el leasing, comporta importantes **ventajas fiscales.**

El renting es normalmente utilizado por los despachos de abogados para los elementos materiales de desgaste rápido (tales como ordenadores o impresoras).

f) **Factoring.** Aunque no es frecuente su uso en los despachos de abogados, en virtud de este contrato el despacho de abogados **transmite** los **créditos** que ostenta frente a sus clientes como consecuencia del ejercicio de su actividad empresarial a otro empresario especializado, la sociedad de factoring (que ha de ser una entidad o un establecimiento financiero de crédito). Esta se compromete a cambio a prestar una serie de servicios respecto de los mismos (gestionar el cobro, llevar su contabilidad, etc.).

#### 884.9 Garantías exigidas a los despachos de abogados en la financiación bancaria

Como se ha ido viendo al analizar las modalidades de financiación bancaria, a la hora de proveer de financiación a un despacho de abogados (al igual que con cualquier otro tipo de empresa), los bancos exigen unas garantías de que el importe será devuelto. Así, en la gran mayoría de las ocasiones, los bancos exigen a los despachos de abogados que otorguen a su favor garantías, que pueden ser personales o reales.

Mediante la **garantía personal** se afecta el patrimonio de una persona o entidad al cumplimiento de la obligación garantizada (la devolución de la financiación por parte del despacho de abogados). La fianza y la garantía a primera demanda son dos figuras de garantía personal.

Por su parte, mediante la **garantía real** se afectan bienes concretos (del despacho de abogados o de un tercero) al cumplimiento de la obligación garantizada (la devolución de la financiación por parte del despacho de abogados). En función del bien o activo que se afecte, nos podemos encontrar con prendas (con y sin desplazamiento posesorio) e hipotecas (mobiliaria e inmobiliaria).

#### 884.10 Financiación vía mercados de capitales. Limitaciones

La LSC art.401.1 permite a las sociedades de capital emitir y garantizar series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda. Esta posibilidad no está sin embargo reconocida a las personas físicas, sociedades civiles y comanditarias simples ( LSC disp.adic.1ª ).

Esta **prohibición**, unida a los límites cuantitativos establecidos en la LSC art.401.2 para la emisión de obligaciones por parte de las **sociedades limitadas** (la emisión no puede ser superior al doble de los recursos propios, salvo que esté garantizada con hipoteca, prenda de valores, garantía pública o aval solidario de entidad de crédito) hace que los despachos de abogados no acudan al mercado de capitales a la hora de financiarse.

Esto es así porque los despachos de abogados, como hemos visto antes, se constituyen mayoritariamente bajo la forma societaria de sociedades limitadas y lo suelen hacer con un capital cercano al mínimo exigido por la LSC (esto es, 3.000 euros). Es por ello que la referida limitación imposibilita la obtención de recursos ajenos de los despachos

de abogados en los mercados de capitales. Por ello, solamente los despachos de abogados que opten por la forma de **sociedad anónima**, realmente atípica, podrían plantearse la emisión de obligaciones.

Por otro lado, es conveniente destacar que la **emisión de obligaciones** es un método de financiación que conlleva una serie de requisitos indispensables, de formalización, control, etc., que la hacen una fórmula hoy por hoy reservada a grandes compañías y desconocida para la financiación de los despachos profesionales de abogados.

#### 884.1.1 Financiación del propio cliente: provisión de fondos e iguala

1. La **provisión de fondos**. Una provisión de fondos consiste en la realización de un pago por parte del cliente al despacho en el momento de la suscripción de la hoja de encargo (nº 893 s. ) o de la propuesta de servicios, con el propósito de cubrir todos o parte de los gastos previsibles que se generarán durante la realización del trabajo.

En caso de que el **importe final** de estos servicios **difiera del provisionado** inicialmente, será necesario abonar la diferencia, en caso de exceso, o devolver el importe provisionado de más, en caso contrario.

Este sistema de financiación es **habitual** en los casos en los que el trabajo a realizar consiste en la representación del cliente en un **procedimiento contencioso** (civil o mercantil, administrativo o contencioso administrativo, laboral o penal).

La realización de un pago inicial también es habitual en otro tipo de trabajos no contenciosos, como el **asesoramiento mercantil** en proyectos de financiación (*retainer fee Project Finance*) u otros. En estos casos, de esquema muy marcado por la praxis inglesa es habitual utilizar el anglicismo *retainer fee* para designar a este pago, en lugar del tradicional «provisión de fondos».

2. La **iguala**. Una segunda forma de obtener financiación para el despacho es la suscripción de un contrato de iguala. La iguala de servicios es una modalidad del contrato típico de **arrendamiento de servicios** previsto en el CC art.1544 , por el que el profesional (sea una persona física o un despacho de abogados) se compromete durante un cierto tiempo a prestar un servicio a cambio de un precio cierto, concreto y determinado de antemano, que el arrendador abonará por períodos establecidos.

Al contratar una iguala, el cliente y el despacho de abogados se aseguran de que el **precio** no será objeto de modificación (salvo exclusiones pactadas) y se abonará con independencia del contenido, importancia o complejidad concreta de los problemas que se planteen en los servicios pactados. Por tanto, resulta indiferente la mayor o menor complejidad de los trabajos, que se remuneran con un precio único. También es irrelevante la falta de complejidad de los trabajos o que estos ni siquiera se hayan prestado. La sentencia AP La Coruña 7-7-07 reconoce esta posibilidad, destacando que más que la efectiva prestación de un servicio concreto, se remunera también la disposición, y obligación, de prestarlo a requerimiento del arrendador.

Esta modalidad tiene ciertos **riesgos** para el despacho y exige una cierta previsión de los trabajos que será previsible realizar para no provocar picos de demanda que exijan financiación adicional o, en su caso, potenciales pérdidas.

#### b. Fórmulas innovadoras de financiación

885 En los últimos años, los despachos de abogados han utilizado formas de financiación que podríamos llamar «innovadoras» por contraposición a las formas de financiación tradicionales (internas y externas) que se han estudiado anteriormente. Si bien entendemos que la **utilización** de estas fórmulas será **escasa** en comparación con el uso de las formas tradicionales, su existencia es un hecho y los despachos de abogados, siempre que cumplan ciertos requisitos, las pueden utilizar

#### 885.1 Fondos de inversión (tipo «private equity» o capital riesgo)

Como se ha apuntado anteriormente, la L 2/2007 permite que hasta un 49% del capital social de un despacho de abogados esté en manos de socios que no tengan la consideración de socios profesionales.

Por lo tanto, nada obsta a que los despachos de abogados se financien a través de inyecciones de fondos de entidades como fondos de inversión (tipo *private equity* o capital riesgo), que puedan encontrar en los despachos de abogados una vía de inversión.

Aunque tradicionalmente no se ha usado, puesto que las empresas tipo en que suelen invertir los fondos tienen otro objeto, hoy en día existen algunos ejemplos en la práctica española.

#### 885.2 Salida a bolsa

Otra fórmula innovadora para obtener financiación sería la salida a bolsa del despacho de abogados mediante la **emisión de acciones** objeto de negociación en un mercado secundario. Hay despachos de abogados en otros países (como Australia o Reino Unido) que ya cotizan en bolsa.

La legislación española permite que un despacho de abogados salga a bolsa. Si bien para salir a bolsa **se requiere** que las acciones estén representadas mediante anotaciones en cuenta, el L 2/2007 art.17.1.a exige que, en el caso de sociedades por acciones, estas sean nominativas.

El L 2/2007 art.118 establece que las acciones también podrán representarse mediante anotaciones en cuenta en aquellos supuestos de **nominatividad obligatoria** previstos por el LSC art.113 (que incluye aquellos supuestos que lo exijan disposiciones especiales, como es el caso de la L 2/2007 ).

Por tanto, las acciones de las sociedades profesionales (como un despacho de abogados) también pueden estar representadas mediante anotaciones en cuenta y, en consecuencia, un despacho profesional constituido bajo la forma societaria de **sociedad anónima** podría salir a bolsa, siempre que cumpla los requisitos de la normativa aplicable (entre otros, el RD 1310/2005 art.9 , de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley del Mercado de Valores -texto refundido aprobado por RDLeg 4/2015 -), en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

Un aspecto que hay que tener en cuenta en relación con la posibilidad de que los despachos de abogados se financien a través de la Bolsa es el **conflicto de interés** que generaría al despacho servir a los intereses de sus accionistas y a los del valor de la acción, y no a los que marcan los distintos códigos deontológicos y sus clientes (conflicto que también se presenta en despachos en los que haya socios no profesionales).

## 2. Financiación de pleitos

---

**886** Con carácter previo al análisis de la financiación de pleitos, es necesario hacer una breve referencia a cuáles serían los costes que puede conllevar un pleito y que, por lo tanto, podría ser necesario financiar.

### a. Costes en un proceso

**887** El **coste total** de un proceso es extremadamente **variable**, por lo que una buena planificación es de gran importancia tanto para el despacho como para el cliente.

Los clientes no solo exigen que el coste de los procedimientos sea lo más bajo posible, sino que de manera creciente exigen que se les libere del riesgo de la incertidumbre sobre los costes, que debe ser consecuentemente asumido por el despacho. Existen multitud de **circunstancias** que deben tenerse en consideración para prever cuál será el coste de un procedimiento. Generalmente, todas estas variables se dirigen a poder conocer cuál es la duración total del procedimiento y el número de actuaciones que tendrá que evacuar el abogado.

#### 887.1 El tipo de proceso

Cada jurisdicción comprende un número variable de procesos, con diferentes duraciones. A ello debemos añadir las sucesivas instancias que pueden resultar necesarias hasta que se alcance una decisión firme.

Para el abogado especializado en derecho mercantil y civil patrimonial, lo más habitual será encontrarse en procedimientos ordinarios ante la **jurisdicción civil o mercantil**. En estos procesos, las **actuaciones principales** son la demanda, la audiencia previa y la celebración del juicio. Aunque no es un trámite reconocido en la norma rituarial, no es extraño encontrar también la posibilidad de un trámite de alegaciones.

Una vez completados estos trámites se pondría fin, habitualmente mediante sentencia, a la **primera instancia**.

La **segunda instancia** y, eventualmente, otros recursos extraordinarios, suelen ser exclusivamente escritos, sin práctica de prueba (aunque puede acordarse la práctica de prueba denegada o no practicada en primera instancia).

Dentro de cada una de estas instancias (pero, muy especialmente, en la primera instancia) pueden resultar necesarias **actuaciones adicionales** que exigen al abogado la dedicación de importantes recursos para la defensa del cliente. Entre otros, estos pueden ser: solicitudes de medidas cautelares, disputas sobre la existencia de competencia o jurisdicción, solicitudes de prácticas de prueba que exijan la inversión de recursos, solicitudes de información mediante diligencias preliminares, etc.

Es importante estimar suficientemente los **recursos económicos** que deberá invertir el abogado en cada uno de estos trámites, especialmente cuando pacta un precio cerrado con el cliente. Lo más recomendable es, incluso en casos de presupuesto cerrado, reflejar la existencia de circunstancias o «ventanas» que permitan el abono aparte de determinados trámites no previstos o la renegociación de los honorarios.

#### 887.2 Otros gastos del proceso con independencia del tipo

Es conveniente no olvidar que todo proceso tiene una serie de **gastos adicionales**, a menudo imprescindibles y que pueden tener gran impacto en la decisión del cliente sobre si litigar o no o hasta dónde mantener el litigio.

a) **Coste de notarios o fedatarios públicos.** Además del coste habitual (y limitado) del apoderamiento, en muy diferentes procedimientos puede resultar imprescindible la dación de fe pública para acreditar los hechos que se alegan, así como la obtención de documentos notariales o de otras autoridades públicas que pueden tener coste y de los que deberá advertirse al cliente.

b) **Coste de procurador.** El procurador es un coste generalmente necesario en los procesos salvo excepciones. El importe ha de estimarse conforme al arancel de los procuradores, que tiene en cuenta la naturaleza del proceso, la cuantía y el acto para el que interviene.

c) **Coste de tasa judicial.** El acceso a la justicia está gravado por una tasa (con excepciones) desde la aprobación de la L 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

d) **Coste de peritos y otros asesores técnicos.** Es muy frecuente que la acreditación de las circunstancias de hecho que soportan la pretensión en un proceso haya de sustentarse sobre conocimientos técnicos (es muy habitual que estos conocimientos sean del ámbito financiero, económico o de otras ciencias sociales o técnicas, tales como ingeniería, etc.). Para obtener este conocimiento, se acostumbra encargar a peritos expertos la elaboración de informes periciales que después han de defender (ratificar) ante el tribunal que conozca del asunto. Estos costes han de ser pagados, habitualmente por el cliente.

e) **Costas procesales.** Un coste mediato del proceso es el riesgo de condena en costas que obligue al cliente, si resulta perdedor, a abonar las costas procesales de la contraparte que ha resultado vencedora.

f) **Coste de honorarios vinculados con el resultado del procedimiento.** Es cada vez más habitual que el cliente solicite una reducción de los honorarios fijos, compensando la reducción con honorarios variables (normalmente superiores) vinculados con el resultado del proceso. Estos honorarios reciben el nombre de «**cuota litis**» o *success fee*.

Tradicionalmente, la *cuota litis* en sentido estricto estaba prohibida por el artículo 16 del Código Deontológico, de manera que los honorarios profesionales no podían consistir únicamente en un determinado porcentaje de los beneficios obtenidos. Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó el 26-9-2001 resolución invitando al Consejo General de la Abogacía Española para que modificara este artículo, y en consecuencia fue derogado por acuerdo del Pleno del Consejo en su sesión de 21-7-2010.

Es importante mantener un **equilibrio** entre el **honorario** fijo y el honorario variable y, además, asegurarse de que se determinan con claridad las condiciones para que se devengue (contemplar el caso de estimación parcial o los casos en los que el procedimiento termina mediante transacción o acuerdo de las partes).

El **mejor pacto** de *cuota litis* es el que consigue alinear los intereses del despacho de abogados y los del cliente. Es conveniente tratar de evitar pactos que puedan acabar conduciendo a un conflicto de interés entre abogado y cliente.

### 887.3 Arbitraje en materia civil y mercantil

En el ámbito civil y mercantil tiene creciente importancia la sumisión de disputas a arbitraje de derecho (o equidad, en menor medida). El arbitraje es particularmente indicado en **disputas contractuales** de notable complejidad técnica y/o jurídica, donde además la confidencialidad y la celeridad puedan ser elementos apreciados.

El arbitraje suele tener un **coste** elevado (coste de los honorarios de la institución administradora si la hay, del tribunal arbitral y de los letrados y el resto de asesores en el procedimiento). No obstante, su **duración** suele estar más determinada. Al no existir **recurso** ordinario (simplemente recurso de anulación en los casos tasados por la ley) es más directo para cliente y despacho determinar el coste total del proceso arbitral.

### b. Financiación de pleitos

888 La financiación de pleitos es la práctica en virtud de la cual un tercero **proveedor de financiación** (denominado financiador de pleitos o financiador de litigios) cubre los gastos de un procedimiento judicial o arbitral a cambio de recibir un retorno o rédito que está ligado al resultado (favorable) del procedimiento (esto es, una parte de la indemnización o pago recibido).

En ocasiones, el **coste** de un procedimiento puede ser muy **elevado** y acabar induciendo al cliente a no instar el proceso, pese a la existencia de probabilidad de éxito.

En esos casos, resulta posible acudir a financiadores que sufragan los gastos del procedimiento, a cambio de la obtención de porcentajes de la **compensación económica** que se termine obteniendo al final del procedimiento.

Esta práctica permite a una parte ser parte en un procedimiento arbitral o judicial sin tener que sufragar los gastos del mismo (ya sea porque no pueda o porque no quiera asumirlos).

Por otro lado, en la medida en que el retorno del financiador de pleitos está íntimamente ligado al resultado del procedimiento, este estará interesado en participar en aquellos casos que tengan probabilidades razonables de éxito.

El concepto de financiación de pleitos no suele incluir la financiación de aquellos litigios en los que son parte consumidores, sino que suele utilizarse para referirse a los **litigios entre grandes empresas**, habitualmente representadas por grandes despachos de abogados.

Este fenómeno, conocido por la expresión inglesa *third party funding*, nació en Estados Unidos y actualmente se utiliza en ciertas jurisdicciones (generalmente, de derecho común - *common law*) y en países como Australia, Reino Unido, Alemania o Francia y, en menor medida, España. Su importancia es creciente en el mundo del arbitraje internacional.

#### 888.1 Método de financiación

La financiadora, antes de comprometerse a financiar el pleito en cuestión, lleva a cabo una *due diligence* para cerciorarse de que:

- hay **probabilidades** razonables de **éxito**, dentro de un horizonte temporal prudente y predecible. Esta función se lleva a cabo por abogados especialistas de la jurisdicción implicada, por lo que debe tenerse en consideración como eventuales fuentes de ingreso adicionales para los despachos;
- la demandada posee la suficiente **solvencia financiera** y moral para pagar una eventual indemnización; y
- la financiada cuenta con un **sólido equipo** de abogados y expertos. No obstante, el contenido de estos acuerdos puede conllevar el compromiso de que un determinado equipo de abogados (generalmente, de la confianza del fondo financiador) asuma la dirección letrada del procedimiento o, al menos, la supervisen.

Así, si la parte procesal en cuestión (habitualmente, la **demandante**) **pierde**, sus gastos correrán a cargo de la financiadora sin que exista ninguna otra obligación para el cliente.

Como precio o contraprestación por esta cobertura, si la parte **financiada gana**, tendrá que compartir con el fondo un porcentaje pactado de sus ganancias (lo que se conoce por la expresión anglosajona como *sharing the upside*), por ejemplo, del 25% al 50%, o un múltiplo de la financiación otorgada, según el acuerdo.

#### 888.2 Beneficios de la financiación de pleitos

a) **Beneficios para los clientes.** Los gastos generales en los que pueden incurrir las empresas están cada día más limitados y los gastos legales no son una excepción. Por ello, la aprobación interna del presupuesto para poder contratar a un despacho de abogados de renombre para que pueda liderar la demanda en un procedimiento no es tarea fácil. Los honorarios que piden estas firmas suelen ser elevados, y, como costes que son, reducen los beneficios de la empresa y detraen recursos para otros menesteres de la misma. En la medida en que la recuperación de esos gastos es tan impredecible como muchas veces lejana, las empresas muchas veces rechazan el participar en un procedimiento, por el coste que el mismo representa. En este sentido, la financiación de pleitos permite a los departamentos legales de las empresas poder iniciar un procedimiento (ya sea arbitral o judicial) sin tener que desembolsar los costes del mismo.

b) **Beneficios para los despachos de abogados.** Los despachos de abogados han experimentado una considerable reducción de sus honorarios con respecto a la situación observada en la primera década del siglo XXI. La presión a la baja de los clientes puede ser compensada por estructuras de financiación, en las cuales los honorarios no ocupan el papel fundamental, sino que la calidad y la orientación a resultados son tenidas en consideración como elementos críticos. Además, la labor de análisis y asesoramiento a los fondos financiadores abre otras oportunidades de servicios que pueden ser prestados por los despachos de abogados.

c) **Beneficios para el sistema judicial** en su conjunto. El ejercicio de acciones judiciales tiene unos costes considerables. Estos costes, unidos al coste temporal y al coste generado por la incertidumbre sobre el resultado pueden llegar a provocar que el justiciable no ejerza sus derechos, tras realizar un análisis de los costes y beneficios que le reporta el ejercicio de la acción. Esto hace que la situación de injusticia (de persistencia de la situación potencialmente antijurídica) se perpetúe. La existencia de formas adicionales de financiación, donde un tercero asume parte del riesgo (y del beneficio) coadyuva a que se ejerciten acciones (y se resuelvan situaciones antijurídicas) que en ausencia de financiación no se habrían ejercitado.

#### Precisiones

La decisión de no ejercer acciones judiciales tras el análisis de los costes y de los beneficios es conocida como «**apatía racional**» y tiene una importante trascendencia tanto en grandes litigios (grandes disputas, costosos procedimientos), como en la litigación por consumidores (pequeñas reclamaciones, con altos costes de litigar). Para una mayor información al respecto, cfr. Weber, F. «*The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law*». Publicado por Routledge en marzo de 2016.

### 888.3 Particularidades de la financiación de pleitos en un procedimiento judicial

Existen numerosos elementos que deben tenerse en cuenta en un contexto de financiación de procedimientos. Los más relevantes se relacionan con el coste, el deterioro de la calidad de la defensa y la generación de potenciales conflictos de interés:

- a) **Costes.** Pueden generarse costes adicionales eventualmente superfluos derivados de la existencia de recursos adicionales. Deben evitarse los costes que no sean necesarios para la defensa y puedan plantear dificultad para su recuperación a través de las costas del procedimiento.
- b) **Deterioro de la calidad de defensa.** La financiación del procedimiento puede provocar solicitudes de venia (para la sustitución de unos letrados por otros de confianza del financiador). Tanto uno como otro letrado debe asegurarse de que esta sustitución no cause detrimento a la calidad de la defensa.
- c) **Conflictos de interés y costes de agencia.** En un procedimiento siempre puede darse la situación de tener que adoptar una decisión sobre la continuación del procedimiento (ante una oferta transaccional, ante el riesgo de costas por una derrota sobre el fondo). En estas circunstancias pueden surgir diferencias entre el titular del derecho y el fondo (el fondo puede querer transar o viceversa, por una compensación económica menor o viceversa, etc.). Estos conflictos deben estar suficientemente regulados entre todos los intervinientes.

### 888.4 Caso particular del «crowdfunding»

El *crowdfunding* o micromecenazgo en su nombre en español, es una forma de **financiación colectiva**, que se caracteriza por la ausencia de intermediación de entidades de crédito y en la que se ponen en contacto, por un lado, promotores de proyectos, con ofertantes de fondos que buscan un rendimiento.

**Se caracteriza** por la intervención masiva de inversores que financian con cantidades reducidas y por el carácter arriesgado de la inversión. Suelen ser muchos inversores los que aportan pequeñas cantidades, asumiendo porcentualmente grandes riesgos, aunque cada vez son más los inversores profesionales que participan en este tipo de plataformas, denominados inversores acreditados.

La L 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, establece **medios alternativos** de financiación, sentando las bases regulatorias necesarias para fortalecer las fuentes de financiación corporativa directa. En su Título V (Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa), regula las figuras en las que el inversor espera recibir una remuneración dineraria por su participación, dejando fuera al *crowdfunding* instrumentado mediante ventas de bienes o servicios, donaciones o préstamos sin interés (es decir, el «**crowdfunding**» de recompensa y de donación). Por tanto, el objetivo es regular las plataformas que ponen en contacto a promotores de proyectos que demandan fondos mediante la emisión de valores y participaciones sociales o mediante la solicitud de préstamos, con inversores u ofertantes de fondos que buscan en la inversión un rendimiento (es decir, el «**crowdfunding**» de inversión). En España, siguiendo el ejemplo de otras jurisdicciones, ya se han empezado a financiar pleitos y presentar demandas colaborativas a través del *crowdfunding*.

## B. Minutación

890	<b>1. Tarifas de precios en el sector de los despachos profesionales. La hoja de encargo y la minuta</b>	891
	a. Regulación normativa de los honorarios profesionales	892
	b. Hoja de encargo	893
	c. Minuta	894
	<b>2. Criterios de los colegios de abogados y su aplicación práctica</b>	895
	a. Aplicación práctica de los criterios	895
	b. <i>Cuota litis</i>	896
	<b>3. Diferentes sistemas de minutación de honorarios aplicados por los despachos de abogados</b>	897
	a. Importancia	897
	b. Convivencia de los distintos sistemas de minutación	898
	c. Principales sistemas de minutación	899
	d. Presupuestos y sistemas de minutación	900
	e. Cese o desistimiento y honorarios profesionales	901
	f. Minutación y cobro de los honorarios. Reclamación de honorarios	902
	g. Cuenta de letrado	903
	h. Reclamación mediante un procedimiento ordinario	904

## 1. Tarifas de precios en el sector de los despachos profesionales. La hoja de encargo y la minuta

891 En este apartado se analizan las cuestiones relativas a la regulación normativa de los **honorarios** profesionales (nº 892 s. ), la **hoja de encargo** (nº 893 s. ) y la **minuta** (nº 894 ).

### a. Regulación normativa de los honorarios profesionales

#### 892 Estatuto General de la Abogacía

(RD 658/2001 art.44)

El Estatuto General de la Abogacía (EGAE) regula el **régimen de prestación de servicios** de los abogados, conforme al cual el abogado tiene derecho a una compensación económica adecuada por los servicios prestados, así como al reintegro de los gastos que se le hayan causado.

El citado artículo señala que la cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado, con **respeto** a las **normas deontológicas** y sobre competencia desleal. A falta de pacto expreso en contrario, para la fijación de los honorarios se podrán tener en cuenta, como referencia, los baremos de honorarios del colegio en cuyo ámbito actúe, pero que tendrán, en todo caso, carácter supletorio de lo convenido. Asimismo, establece, no obstante, que los baremos del colegio se aplicarán en los casos de condena en costas a la parte contraria.

#### 892.1 «Ley Ómnibus»

(L 25/2009)

A diferencia de los procuradores, los abogados siempre han estado apartados de un sistema arancelario, lo que supone que sus **honorarios** no se fijan por medio legal ni normado en atención a los distintos conceptos y cuantías, aunque hasta hace unos años la normativa aplicable preveía la posibilidad de que los colegios profesionales fijasen unos honorarios mínimos.

La supresión de la **potestad colegial** de fijar unos honorarios mínimos se inició con el RDL 5/1996 , sobre medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, cuya Exposición de Motivos preveía que: «en lo que respecta a los Colegios Profesionales, se modifican determinados aspectos de la regulación de la actividad de los profesionales que limitan la competencia, introduciendo rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada. En primer lugar, con carácter general, se reconoce la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia. En segundo lugar, se establece que el indispensable requisito de colegiación deberá únicamente realizarse en el colegio territorial correspondiente al domicilio del profesional. Finalmente se elimina la potestad de los Colegios Profesionales para fijar honorarios mínimos, si bien podrán establecer baremos de honorarios orientativos».

Para ello, se modificó la Ley de Colegios Profesionales (L 2/1974 art.14), previendo a partir de ese momento que los colegios profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer **baremos orientativos** ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en L 2/1974 disp.adic.4ª , que dispone que los colegios podrán elaborar **criterios orientativos** a los exclusivos efectos de la **tasación de costas** y de la **jura de cuentas** de los abogados, señalando expresamente que dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

892.2 Anticipándose a lo previsto por la Ley Ómnibus, el Colegio de Abogados de Madrid acordó modificar la denominación de los Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales, que se denominarían a partir de ese momento «Criterios del Colegio de Abogados de Madrid en la emisión de sus dictámenes sobre honorarios profesionales» y que se denominan en la actualidad «Criterios del Colegio de Abogados de Madrid en la emisión de sus dictámenes sobre honorarios profesionales a requerimiento judicial», indicándose en el acuerdo correspondiente que se trata, por tanto, de criterios que no constituyen ni normas ni baremos ni recomendaciones, dirigidos a los letrados en su relación con el propio cliente, con quien tiene absoluta libertad para, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes, pactar la retribución por el servicio contratado en la forma y por el importe que ambas partes de común acuerdo determinen.

#### 892.3 Ley de enjuiciamiento civil

La LEC fija un **criterio general de imposición de costas** a la parte que ve rechazadas la totalidad de sus pretensiones en un proceso judicial, «salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho» ( LEC art.394 ). Es el denominado **criterio de vencimiento** en materia de imposición de costas.



La parte que ve satisfechas sus pretensiones tiene el derecho a solicitar al tribunal sentenciador que tase los gastos de defensa de letrado a través de un incidente procesal de **tasación de costas** expresamente regulado en la LEC.

Ahora bien, ese derecho tiene una contrapartida: un **criterio regulador** -criterios orientadores de honorarios de los colegios de abogados-, que establece de manera objetiva y común para todo el justiciable los honorarios de letrado a los que debe hacer frente la parte vencida en un proceso.

Las costas reclamadas en un procedimiento a la parte vencida y condenada al pago de las mismas y su importe son independientes de los honorarios efectivamente retribuidos por la parte vencedora a su abogado en virtud del acuerdo privado inter-partes que hubieran alcanzado.

En este sentido, la LEC señala que los abogados, peritos y demás profesionales y funcionarios que **no estén sujetos a arancel** fijarán sus honorarios con sujeción, en su caso, a las normas reguladoras de su estatuto profesional ( LEC art.242.5 ).

En el caso de **impugnación de las costas** tasadas por los juzgados, la LEC mantiene la necesidad de contar con un informe del colegio de abogados pertinente, emitido por su comisión de honorarios, conforme al sistema previsto en la LEC art.245 s.

Esto es, en los **incidentes de tasación de costas**, el letrado de la Administración de Justicia, a la hora de tasar los honorarios para la condena en costas, podrá utilizar los criterios del colegio de abogados pertinente. Asimismo, en caso de que la tasación de costas practicada por el letrado de la Administración de Justicia sea impugnada, porque la parte condenada considere que las mismas son excesivas, el colegio de abogados correspondiente deberá emitir un informe en el que se determinará si la minuta del abogado que se impugna se ajusta o no a los criterios que tenga fijados tal colegio de abogados a dichos efectos.

Sin embargo, cuanto pueda concluir el colegio de abogados en el referido informe no vinculará en modo alguno al tribunal competente. En efecto, en incidentes de tasación de costas los tribunales han optado por **reducir** considerablemente el importe de la **minuta** de abogado a pesar de haberse aportado un informe del colegio de abogados correspondiente que confirmaba la correcta aplicación de los criterios de honorarios aplicables al caso por parte de dicho abogado. Sirvan como ejemplo de ello las últimas resoluciones dictadas en los incidentes de tasación de costas que se plantean ante el Tribunal Supremo, pudiendo destacar, entre otras, TS auto 14-2-18, EDJ 7509 , en el que se señala que, según reiterada doctrina de esta sala (entre los más recientes, TS autos 13-1-16, EDJ 523 ; 30-3-16, EDJ 34921 ; 8-6-16, EDJ 82091 ; 8-3-17, EDJ 15416 ), la **tasación** tiene únicamente por **objeto** determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minutante y, a tal fin, la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas, sin que para la fijación de esa media razonable que debe incluirse en la tasación de costas resulte vinculante por sí sola la cuantía del procedimiento ni el preceptivo informe del colegio de abogados, ni ello suponga que el abogado minutante no pueda facturar a su representado el importe íntegro de los honorarios concertados con su cliente por sus servicios profesionales. Al letrado de la Administración de Justicia de sala corresponde el examen, en primer lugar, de las circunstancias concretas del caso y su acomodación a los parámetros o criterios que rigen en la materia, estando limitada la función revisora de esta sala a los casos en que el decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia infrinja normas procesales o incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o falta de proporción ( TS auto 17-11-11, EDJ 283562 , citado por TS auto 25-1-17, EDJ 3512 ; 17-5-17, EDJ 82426 ).

Es claro, pues, que, a pesar de lo previsto en la LEC, los **criterios de honorarios** tampoco son vinculantes a la hora de fijar el importe de las costas de un procedimiento judicial.

#### 892.4 Conclusiones prácticas

La fijación de los **honorarios profesionales** entre abogado y cliente se rigen por el **principio de autonomía** de la voluntad. Las partes tiene libertad para fijar los honorarios por la prestación de los servicios profesionales encomendados siempre que respeten las normas deontológicas de la abogacía y las normas sobre competencia desleal.

Los honorarios **pueden consistir** en una cantidad fija, una cantidad variable, una combinación de ambas, etc.. El pacto de *cuota litis* (la minuta consiste en percibir la totalidad o parte de los honorarios, calculados conforme a un porcentaje sobre el resultado del procedimiento) es lícito ( TS 4-11-08, EDJ 222110 ; 17-5-13, EDJ 101619 ).

No deben confundirse los honorarios profesionales libremente pactados entre abogado y cliente con los honorarios exigidos a la parte condenada en **costas** en un procedimiento judicial o arbitral. En este último caso, la reclamación de honorarios a la parte vencida en juicio debe hacerse a través del incidente de tasación de costas, siendo preceptiva, que no obligatoria, la aplicación los Criterios orientadores de honorarios de los Colegios Profesionales.

## b. Hoja de encargo

893 La hoja de encargo (o presupuesto) es el **documento** en el que el cliente y el abogado vienen a reflejar las condiciones esenciales de su relación contractual de **arrendamiento de servicios** (determinación de los servicios a prestar, precio de los servicios, etc.).

La hoja de encargo que tiene por **objeto** la realización de servicios profesionales permanentes o continuados en el tiempo recibe el nombre de iguala.

En lo que respecta al precio de los servicios, debe tenerse en cuenta que, en caso de que el cliente no se muestre conforme con la minuta emitida por el abogado, serán los tribunales los que finalmente deban **fijar** el referido **precio**, sin encontrarse vinculados por lo previsto en los criterios de honorarios ni por los informes que haya podido emitir al respecto el colegio de abogados competente (ver a este respecto, entre otras, TS 16-2-07, EDJ 10518 ), lo que conlleva que si el precio no fue pactado de antemano el abogado no tendrá ningún **tipo de seguridad** respecto del importe que finalmente podrá percibir por los servicios prestados al cliente.

A fin de evitar tales situaciones de incertidumbre, resulta muy recomendable que cada vez que se vaya a prestar **asesoramiento jurídico** a un cliente se suscriba con este una hoja de encargo en la que, como mínimo, se detalle la labor encomendada, el criterio que se utilizará para fijar su retribución, el importe total de los honorarios previstos inicialmente, las bases que se utilizarán para minutar aquellos recursos, incidencias o cuestiones análogas que puedan surgir en el desarrollo del asunto encomendado y que no hayan sido previstas inicialmente (ver a este respecto la Consideración General Primera de los Criterios de Honorarios del Colegio de Abogados de Madrid), los hitos de pago y las actuaciones excluidas del encargo.

893.1 Asimismo, en el presupuesto también se debería detallar quién es el letrado responsable de la dirección del **asunto**, una estimación de las horas de **dedicación** que se emplearán (si el presupuesto se realiza en función del tiempo empleado) y el coste de la **tarifa** por cada uno de los abogados que previsiblemente intervendrán en el asunto. También se indicará si los gastos incurridos en la ejecución de los trabajos y derivados de los mismos se deben englobar dentro de los honorarios o si podrán repercutirse al cliente.

En ocasiones y, con cada vez mayor frecuencia, en caso de **despachos** colectivamente organizados, se incluirán las condiciones generales de esa firma sobre cuestiones tales como la responsabilidad civil, cuestiones fiscales y relativas a la periodicidad de la facturación, confidencialidad y depósito de expedientes, posibles quejas y reclamaciones, e incluso cláusulas de resolución de conflictos y ley aplicable.

En el presupuesto se podrá optar por un **sistema** concreto de **minutación** o incluso plantear varios al cliente a modo de alternativas para su elección.

El despacho de abogados puede y en ocasiones realizará una solicitud de **provisión de fondos**, de modo que el cliente deba abonar una parte de los honorarios y/o de los gastos incurridos con carácter previo al comienzo de los trabajos, cuando por diversas razones deba asegurarse desde un inicio el cobro de los honorarios (por ejemplo, cuando se trate de un nuevo cliente con el cual no se tenga una larga trayectoria que aminore el **riesgo de impago**). Lógicamente, la falta de pago de la provisión de fondos liberará al despacho de abogados de ejecutar el servicio o permitirá, en su caso, cesar en la prestación del mismo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la existencia de una previa hoja de encargo aceptada por el cliente facilita sobremanera el futuro cobro de los honorarios, toda vez que, por ejemplo, en el proceso de **jura de cuentas** a que nos referiremos con posterioridad, el cliente no podrá impugnar la minuta cuyo pago se le exija si «el abogado acredita la existencia de presupuesto previo en escrito aceptado por el impugnante» ( LEC art.35 ).

## c. Minuta

894 La minuta es el documento emitido por el abogado en el que se detallan los **servicios prestados** al cliente y el **precio asociado** a tales servicios. En caso de condena en costas, la parte que inste la correspondiente tasación deberá adjuntar a su solicitud la minuta emitida por su abogado en la que deberá tener en cuenta las limitaciones mencionadas anteriormente.

A efectos de evitar cualquier tipo de impugnación por parte del cliente o por la parte condenada en costas, es sumamente recomendable que la minuta contenga el mayor **detalle** posible sobre los servicios prestados al cliente, así como el precio asignado a cada uno de los diferentes tipos de servicios prestados.

a. Aplicación práctica de los criterios

895 Supuestos de aplicación

La aplicación de los criterios publicados por los colegios de abogados se lleva a cabo bien por los tribunales, bien por el propio colegio, en los siguientes escenarios:

1. En los procesos de **tasación de costas** llevados a cabo por los tribunales para calcular las costas de un proceso. Cada tribunal podrá aplicar para el caso los criterios del colegio de abogados correspondientes al partido judicial al que pertenezca el juzgado y el respectivo colegio de abogados informará al tribunal cuando le sea requerido partiendo de sus criterios de honorarios. Debe tenerse en cuenta que los Criterios de honorarios no son vinculantes para los tribunales.
2. Cuando no exista **pacto o presupuesto escrito** respecto a la cuantificación de los honorarios y estos sean objeto de discusión entra abogados o entre abogado y cliente, y se solicite el parecer al colegio de abogados correspondiente (el acuerdo privado sobre honorarios entre cliente y abogado siempre primará entre ellos frente a los criterios de cualquier colegio de abogados).
3. Cuando, de acuerdo con la normativa vigente en materia de **asistencia jurídica gratuita**, el letrado tenga derecho al reintegro económico de sus honorarios.

895.1 Presupuestos generales y esquema de los Criterios

Los Criterios de los distintos colegios contienen unas disposiciones generales sobre aplicabilidad e interpretabilidad de los mismos y, seguidamente, se dividen en títulos (en función de si las actuaciones son extrajudiciales y judiciales) y estos a su vez en capítulos según la materia concreta a la que se refiere el ámbito de **asesoramiento** en sede **extrajudicial**, o bien según la fase del proceso de que se trató, si nos encontramos en sede judicial.

Para las actuaciones extrajudiciales los criterios fijan un importe orientativo en función del tiempo empleado y la actuación desarrollada, por lo que su aplicación carece de mayores cálculos más allá de la actualización conforme al **IPC** de las citadas cantidades en función del año de aprobación de los criterios.

En cuanto a las actuaciones judiciales, con carácter general, podemos apuntar las siguientes **peculiaridades**:

- a) El **cálculo de los honorarios** aplicables se practica a partir de la cuantía del asunto, debiendo entenderse esta como la cuantía equivalente al verdadero interés económico del pleito. En este sentido, cuando sean varias las acciones que se ejerciten en un proceso habrá de estar a las reglas aplicables por la legislación procesal para determinar el verdadero interés económico del asunto.
- b) Si el **asunto** es de **cuantía indeterminada**, a salvo de que los criterios de aplicación dijeran lo contrario, lo normal es tomar como referencia la cuantía de 18.000 euros.
- c) En función de la **complejidad o sencillez** del asunto, número de actuaciones e intervenciones, los honorarios podrán incrementarse o reducirse proporcionalmente al trabajo realizado, sin que tal variación sea superior, normalmente, al 50% de lo que resultaría de aplicar los criterios al supuesto tipo.
- d) En caso de **pluralidad de partes** en el proceso, los Criterios suelen incorporar medidas correctoras de carácter general para evitar la duplicidad de honorarios con relación a representaciones o actuaciones judiciales que han servido para sostener las mismas o similares pretensiones.
- e) Todos los Criterios contienen una **tabla** que contempla una **escala** que divide la cuantía del **interés económico** del pleito en tramos, a los que le son de aplicación unos porcentajes, de tal manera que conforme se avanza en cada tramo los honorarios correspondientes van arrojando una cuantía acumulada. Véase como ejemplo la escala contenida en los Criterios del Colegio de Abogados de Madrid:

895.2 Escala		Por tramos	Acumulada
Los primeros	4.000 € al 25%	1.000 €	1.000 €
Exceso hasta	18.000 € al 18%	2.520 €	3.520 €
Exceso hasta	30.000€ al 16%	1.920 €	5.440 €
Exceso hasta	45.000 € al 14%	2.100 €	7.540 €
Exceso hasta	60.000 € al 12%	1.800 €	9.340 €
Exceso hasta	90.000€ al 10%	30.000 €	12.340 €

Escala		Por tramos	Acumulada
Exceso hasta	120.000 € al 9%	2.700 €	15.040 €
Exceso hasta	180.000€ al 8%	4.800 €	19.840 €
Exceso hasta	240.000€ al 7%	4.200 €	24.040 €
Exceso hasta	300.000 € al 6%	3.600 €	27.640 €
Exceso hasta	450.000 € al 5,5%	8.250 €	35.890 €
Exceso hasta	600.00 € al 5%	7.500 €	43.390 €
Exceso hasta	750.000 € al 4,5%	6.750 €	50.140 €
Exceso hasta	900.000 € al 4%	6.000 €	56.140 €
Exceso hasta	1.050.000 € al 3,5%	5.250 €	61.390 €
Exceso hasta	1.200.000 € al 3%	4.500 €	65.890 €
Exceso hasta	1.500.000 € al 2,5%	7.500 €	73.390 €
Exceso hasta	1.800.000 € al 2%	6.000 €	79.390 €
Exceso hasta	2.100.000 € al 1,5%	4.500 €	83.890 €
Exceso hasta	2.400.000 € al 1%	3.000 €	86.890 €
Exceso hasta	2.700.000 € al 0,5%	1.500 €	88.390 €

A partir de la cuantía de 2.700.000 euros se graduarán los honorarios con toda prudencia, sin atribución de criterios porcentuales, ya que en la mayoría de los casos son cuantía superiores, no guarda proporción el resultado obtenido por aplicación de la escala con el trabajo profesional realizado.

### 895.3 Ejemplos prácticos de aplicación de los criterios al proceso judicial

En este apartado deben analizarse las cuestiones sobre:

- el juicio ordinario; y
- la ejecución forzosa.

### 895.4 Juicio ordinario

Si se piensa en la minuta que debería presentar un letrado demandante con el objeto de solicitar la tasación de costas de un proceso ordinario con sentencia firme en primera instancia dictada por un juzgado del partido judicial de Madrid, en el que se estiman íntegramente las **pretensiones** de la demandante y se condena a la parte contraria al pago de una cantidad de 800.000 euros.

El **Criterio 4** de los Criterios del Colegio de Madrid establece que por toda la tramitación del juicio hasta sentencia se devengarán como **honorarios recomendados** los que resulten de aplicar la escala a la cuantía o interés económico discutido en el pleito.

Si se observa la escala reproducida en el apartado anterior, la misma establece una **cuantía acumulada de honorarios** para procesos cuyo interés económico ascienda a 750.000 euros, equivalente a 50.140 euros. Señala, seguidamente, que el exceso de 750.000 hasta alcanzar el límite de 900.000 (en este caso, 50.000 euros -pues es la diferencia entre los 800.000 euros a los que condena la sentencia y los 750.000 de cuantía acumulada-), se han de computar al 4%.

Por lo tanto, los 50.000 euros de exceso, al 4%, arrojan una cantidad de 2.000 euros, que hay que sumar a la acumulada de 50.140 y da un total de 52.140 euros (impuestos excluidos) como honorarios recomendables para un proceso ordinario cuya cuantía asciende a 800.000 euros.

### 895.5 Ejecución forzosa

Otro caso sería que la misma sentencia hubiera sido firme en primera instancia y se hubiera procedido a iniciar un **proceso de ejecución** para la obtención de las cantidades a las que condena la sentencia sin oposición ninguna por parte de la ejecutada.

El **Criterio 15** de los Criterios aplicables al caso señala que si no hubiese oposición en el proceso de ejecución, pero continúa la ejecución, podrá aplicarse hasta el 75% de la escala, lo que supondrá para el caso una minuta de honorarios de importe de 37.275 euros (impuestos excluidos); estos es, el 75% de los 49.700 euros que habrían correspondido aplicando el 100% de la escala.

## b. «Cuota litis»

### 896 Concepto

Por *cuota litis* se ha entendido tradicionalmente un **convenio** en virtud del cual el abogado interviniente en un proceso judicial minuta sus honorarios profesionales al cliente en función de los **resultados positivos** obtenidos en el proceso judicial, de tal manera que el abogado minuta (al margen de otras posibles partidas), un **porcentaje** convenido del valor económico de tal resultado obtenido en el pleito, producto de la estimación total o parcial de la pretensión (si el resultado positivo es nulo el abogado nunca cobraría nada en concepto de *cuota litis*).

Aunque la *cuota litis* esté asociada principalmente a procedimientos en los que se reclaman **cantidades monetarias** (típicamente, indemnizaciones de cualquier naturaleza o litigios laborales), también puede emplearse en pleitos en los que se pretenden otros resultados beneficiosos para el litigante.

#### 896.1 Consideraciones sobre la «cuota litis»

Tradicionalmente, la *cuota litis* había venido siendo proscrita por el antiguo Código Deontológico de la Abogacía española art.16 - hoy sin efecto tras la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS 4-11-08, EDJ 222110 y 17-5-13, EDJ 101619 , que declaró que la *cuota litis* debía ser considerada **acorde a Derecho** y el citado art.16 una norma contraria a la Ley de Defensa de la Competencia-.

Sin embargo, el actual Estatuto General de la Abogacía Española art.44.3 , sigue señalando que «se prohíbe en todo caso la *cuota litis*, en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual este se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto», y el propio Estatuto General de la Abogacía Española contiene un régimen disciplinario y sancionador de carácter general para el caso de incumplimiento de su normativa.

Frente a ello, la sentencia TS Sala 3ª 4-11-08, EDJ 222110 ya apuntó que «Este cambio de criterio habría de plasmarse, en su caso y de no haber modificaciones relevantes en el bloque normativo ahora considerado, en futuros supuestos de aplicación del citado precepto -art.44.3- del Estatuto General de la Abogacía Española».

Como vemos, a pesar de que el Estatuto General de la Abogacía Española, con rango de Decreto Ley, considera que el pacto de *cuota litis* no es admisible desde un **punto de vista deontológico**, la realidad es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente admitiendo la legalidad de dicho pacto por considerar que su prohibición conculca normas con rango de Ley.

## 3. Diferentes sistemas de minutación de honorarios aplicados por los despachos de abogados

---

### a. Importancia

897 Los sistemas de minutación de los despachos se fijan en función de la política de precios de cada uno, que a su vez se relaciona con su **política de marketing** y con sus **objetivos de rentabilidad** y posicionamiento en el mercado. La elección de uno u otro sistema de facturación tiene indudable relación con la imagen de marca del despacho, pues es un referente para los clientes sobre la tipología del despacho, los clientes a los que se dirige (empresas, particulares, etc.) y su posición competitiva en relación a otros despachos. Incide, además, en el margen de contribución que se obtiene por la prestación de los servicios y supone un **elemento diferenciador** en el mercado y en relación con otros despachos.

Los sistemas de minutación son también un elemento fundamental de la gestión de un despacho de abogados, pues la elección de uno u otro sistema repercute en la rentabilidad de la **firma**. Hoy en día la mayoría de despachos funcionan como verdaderas empresas y realizan presupuestos anuales de ingresos y gastos, así como de sus márgenes (desglosados por departamentos), clientes e incluso abogados.

A dichos efectos, los despachos se dotan de **programas de gestión** que requieren que todos los abogados introduzcan en el sistema el detalle de las tareas que realizan en cada uno de los asuntos en los que intervienen, así como el tiempo dedicado a otras tareas productivas o necesarias pero no facturables a los clientes, como la formación, la actividad dirigida a la captación de nuevos clientes, tareas administrativas, etc. La correcta **elección del sistema** o sistemas de minutación de honorarios tendrá una repercusión muy relevante en el cumplimiento de los objetivos económicos del despacho de abogados y permitirá obtener una **información valiosa** sobre cuáles son los clientes y asuntos que están produciendo una mayor o menor rentabilidad.

## b. Convivencia de los distintos sistemas de minutación

898 Por otro lado, normalmente conviven en los despachos distintos sistemas de minutación, teniendo unos u otros mayor importancia en función de las características que tenga el servicio prestado o el tipo de despacho (colectivo, individual, etc.). Así, es difícil que en grandes **operaciones corporativas** se fijen honorarios fijos y no en función de las horas empleadas y, a la inversa, es más infrecuente que en **asuntos litigiosos** se facturen los honorarios en función de las horas dedicadas y no en función de un presupuesto fijo.

Por su parte, así como los despachos organizados colectivamente suelen recurrir con mayor frecuencia a los sistemas de facturación por horas, que otorgan mayor seguridad sobre la repercusión del verdadero **coste del servicio**, los despachos pequeños o unipersonales, salvo los altamente especializados, suelen recurrir con mayor frecuencia a presupuestos de honorarios previamente determinados o bien con un componente variable en función del resultado obtenido o de la culminación del **servicio contratado**.

No puede afirmarse que unos sistemas sean mejores que otros. Cada uno de ellos tiene sus ventajas e inconvenientes y deben adecuarse a las características del despacho y servicio ofrecido, así como a las **necesidades del cliente**. Someramente se podría afirmar que los sistemas de minutación en función del tiempo de dedicación empleado conllevan la ventaja de reducir el **riesgo de desviación** entre el coste del trabajo contratado y la retribución percibida. Obtiene de tal modo el despacho de abogados un retorno perfectamente medible y seguro por el coste/hora de cada uno de los abogados empleados en la ejecución del servicio.

Por su parte, los sistemas de facturación en función de un tanto alzado, o que incorporan una **retribución variable**, conllevan una menor seguridad para la firma de obtención de un resultado económico justo por el servicio prestado, pero también pueden suponer un mayor margen si se han evaluado correctamente las características del asunto y, en determinados asuntos son la única opción posible al no estimarse razonable la minutación en función del tiempo empleado. Así sucede, por ejemplo, en la mayoría de los asuntos procesales en los que la minutación por horas no resulta aceptable para un gran número de clientes, al suponer la retribución de una serie de **tareas repetitivas** o de escaso valor, como las esperas previas a las vistas judiciales, los desplazamientos, etc.

El sistema de minutación por tiempos parece el más objetivo al basarse exclusivamente en el tiempo efectivo dedicado al trabajo. Sin embargo, a veces puede no ser todo lo equilibrado que parece, dado que el tiempo dedicado a un asunto no es un indicativo en absoluto de la **eficacia o calidad del trabajo**.

Los despachos de abogados suelen contemplar excepciones a la minutación de los asuntos, es decir, supuestos en los que los honorarios no se devengarán o serán más reducidos a los habituales por distintos motivos: por razones comerciales, por ejemplo, cuando se considera que un cliente es estratégico para la firma, cuando se quiere **premiar y fidelizar** a un cliente que ha contribuido de manera notable al éxito de la firma, encomendando un gran número de asuntos que han supuesto honorarios muy destacables; también en aquellos despachos en los que se realiza una contribución solidaria a la sociedad y se fija como valioso el trabajo realizado **«gratuitamente» o «pro bono»** para clientes que no pueden normalmente acceder a servicios legales por su alto coste. También cuando se considera una regla de cortesía el no cobro de honorarios, por ejemplo, cuando el cliente ha realizado una mera consulta y espera simplemente recibir una propuesta que detalle el planteamiento del asunto y cuáles serían las distintas alternativas y posibilidades que ofrecería el despacho, etc.

## c. Principales sistemas de minutación

899 Los principales sistemas de minutación utilizados por los despachos de abogados son la retribución fija, periódica o por horas.

### 899.1 Minutación por tiempo empleado en función de una tarifa horaria

Este sistema ha sido utilizado por la gran mayoría de los despachos colectivos de mediano o gran tamaño y es una tradición importada de las grandes firmas de abogados anglosajonas. Consiste en minutar los honorarios aplicando una **tarifa o precio por hora** dedicada a la prestación del servicio, por cada abogado que intervenga en el asunto concreto. Las tarifas horarias se adaptan en función de la experiencia y categoría profesional del abogado o abogados que participan en el trabajo, siendo más elevadas en el caso de abogados con mayor **experiencia**, años de **trayectoria profesional** y **categoría** profesional dentro de la firma y menores en los abogados más jóvenes y con menor experiencia. Normalmente, se indicará en la propuesta de honorarios qué abogados intervendrán en el concreto asunto encomendado, qué antigüedad y experiencia profesional tienen y qué tarifa horario devengará su trabajo.

Este sistema de minutación requiere un especial rigor por parte de los despachos en el conocimiento de sus costes y en la llevanza de una **contabilidad** detallada del tiempo dedicado por los abogados al asunto encomendado por el cliente. Además, confiere un mayor conocimiento al cliente sobre las tareas y tiempo de dedicación de los abogados

al asunto encomendado, al facilitar que el cliente pueda recibir un **desglose** detallado de todos los tiempos y valorar adecuadamente el trabajo realizado.

#### 899.2 Minutación por un precio previamente determinado

Este sistema de minutación, cada vez más frecuente en la práctica, presupone la confección de un **presupuesto de honorarios** previamente acordado con el cliente y en el cual se determina a priori cuál será el ámbito de los servicios prestados y cuál será la retribución a percibir por la firma de abogados, que no podrá sufrir variación. Es, sin duda, el sistema más utilizado en la minutación de honorarios profesionales en relación con **procedimientos judiciales**, como resultado de la influencia ejercida por los baremos orientadores de los colegios de abogados que, tradicionalmente, venían fijando la retribución de los servicios del abogado en asuntos litigiosos en relación con una escala o porcentaje, sobre las cuantía o interés económico del litigio.

Estos honorarios por precio previamente fijado o determinado facilitan al cliente una certidumbre mayor sobre cuál será el coste del servicio contratado que, salvo pacto en contrario, no podrá sufrir variación.

En esta categoría entra también la fijación de cuotas, también denominadas «**iguales**», acuerdo de honorarios por el cual el cliente se compromete con el despacho a abonar un mismo importe de honorarios durante un determinado periodo temporal, y en relación con todos los servicios prestados en un determinado ámbito. Estas cuotas o iguales pueden ser también progresivas y depender del tiempo efectivamente empleado en el servicio contratado. Son muy habituales en la prestación de servicios que implican una reiteración o repetición de asesoramiento sobre cuestiones idénticas o similares (asesoramiento fiscal general, asesoramiento laboral, etc).

#### 899.3 Minutación en función del resultado

La retribución en función del resultado puede consistir en la denominada *cuota litis*, sistema que hemos explicado anteriormente, en función del cual el despacho cobra un porcentaje del resultado del asunto, una vez este haya terminado y solo si el resultado ha sido favorable para el cliente o bien, en una retribución variable que se agrega a la retribución determinada previamente fijada, sea esta una **retribución por horas o** mediante un **tanto alzado**. Este sistema conlleva normalmente un pacto con el cliente, previo a la realización del servicio, en función del cual se acuerda un incremento de los honorarios fijos o de la tarifa horaria acordada, si los servicios prestados culminan con la obtención del resultado querido por el cliente (*success free*). Es aconsejable que este pacto se refleje por escrito y conste debidamente la aceptación del cliente.

Los pactos en los que se acuerda un incremento de honorarios en función del resultado del asunto, están comúnmente aceptados entre los despachos y la mayoría de clientes y no suponen cuota litis, siempre que la retribución determinada cubra al menos los costes razonables del servicio contratado.

#### 899.4 Sistemas mixtos de minutación

Todos los anteriores sistemas de minutación conviven entre sí y pueden ser y son combinados para adaptarse a las necesidades de los clientes y características de los asuntos. Incluso **conviven** en un **mismo asunto**, siendo posible encontrarse con que en una determinada fase del asunto se utilice un determinado sistema y en otra fase del asunto se sustituya por otro sistema de minutación distinto.

#### d. Presupuestos y sistemas de minutación

900 Cualquiera que sea el sistema de minutación empleado, se hace necesario siempre el explicitarlo y acordarlo con el cliente mediante la **emisión de un presupuesto** (u hoja de encargo) y la aceptación del mismo por parte del cliente de modo que quede asegurado tanto el derecho al cobro de honorarios por parte del despacho como la certidumbre del cliente en cuanto al importe de los mismos.

#### e. Cese o desistimiento y honorarios profesionales

901 El sistema de minutación elegido y pactado con el cliente debe contemplar la posibilidad, reconocida en el Estatuto General de la Abogacía Española, de que el cliente desista de continuar con el encargo y, por tanto, **cese la relación contractual**. El abogado, en estos casos, tiene derecho a realizar una liquidación de sus honorarios profesionales en función de los trabajos efectivamente realizados hasta la comunicación de su cese en el asunto.

Se plantea sin embargo la cuestión de qué sucede si una parte de los honorarios se han pactado en función del resultado obtenido y, sin embargo, dicho resultado se obtiene con posterioridad al cese o renuncia del abogado, pero este ha contribuido en cierto grado a la obtención de ese resultado. Lógicamente, primarán los acuerdos que se alcancen con el cliente, pero parece razonable entender que **no se pierde el derecho** a obtener una retribución variable por el mero hecho de que se haya cesado en el asunto, sobre todo si es evidente que el resultado favorable se ha obtenido, en parte o totalmente, gracias a la labor profesional del abogado inicialmente contratado pero que ha sido sustituido sin terminar su encargo.

## f. Minutación y cobro de los honorarios. Reclamación de honorarios

902 Tan importante como la minutación de los honorarios es el cobro de los mismos. El despacho de abogados y/o el abogado tienen derecho a **obtener el pago** de sus servicios profesionales. Conforme al Estatuto General de la Abogacía Española, los honorarios se devengan a favor del titular del despacho, aún en el caso de que las actuaciones se hayan realizado por abogados que trabajan por delegación del mismo ( Estatuto General de la Abogacía Española art.27 ). A su vez, el titular del despacho responderá personalmente de los honorarios debidos a los letrados a los que encargue o delegue actuaciones aun en el caso de que el cliente dejase de abonárselos, salvo pacto escrito en contrario.

El despacho de abogados o letrado actuante tiene **derecho a una compensación económica** adecuada por los servicios prestados, así como al reintegro de los gastos que se le hayan causado. La reclamación de honorarios en caso de impago puede realizarse por el despacho de abogados o letrado mediante distintos procedimientos dependiendo de si tales honorarios se han devengado por la prestación de servicios relacionados con la llevanza de un procedimiento judicial o no.

## g. Cuenta de letrado

(LEC art.35)

903 Para el supuesto de que los honorarios se hayan devengado por la intervención del despacho en un proceso judicial, la ley otorga un procedimiento especial y sumario para su reclamación. Este procedimiento tradicionalmente denominado «**jura de cuentas**» y en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil «**cuenta de letrado**». Este procedimiento requiere únicamente que el letrado presente una minuta detallada y manifieste que esos honorarios le son debidos y no le han sido satisfechos. Una vez presentada la reclamación el secretario judicial requiere de pago al deudor, que podrá impugnar la minuta en el **plazo** de 10 días. Si no se formula oposición o una vez esta resuelta, se despachará ejecución por el importe de los honorarios debidos más las costas.

El auto que resuelve este incidente no produce efectos de cosa juzgada y la propia LEC prevé la posibilidad de que se siga un juicio ordinario posterior ( LEC art.35.2 ).

## h. Reclamación mediante un procedimiento ordinario

904 El abogado puede también plantear la reclamación de sus honorarios por la vía de un juicio ordinario, dándose en tal caso unas mayores **garantías de defensa** al cliente, que podrá discutir no solo la realidad y cuantía de los honorarios, sino otras cuestiones como la menor o menor calidad del trabajo desarrollado, la prescripción, el hecho de que no se hayan devengado todos los honorarios, etc.

## i. Reclamación mediante un procedimiento monitorio

(LEC art.812)

905 Se han planteado dudas sobre el derecho del abogado a reclamar sus honorarios profesionales a través del **proceso monitorio** obviando el procedimiento específico de jura de cuentas o el proceso declarativo común.

La mayoría de las audiencias provinciales se inclina por la admisión de dicho procedimiento para las **reclamaciones de honorarios profesionales**. Esta es la solución más acertada pues la jura de cuentas es un procedimiento facultativo y ningún precepto exige la reclamación por ese procedimiento específico no siendo imperativa ni excluyente dicha vía específica, por lo que, igualmente «podrá» acudir el despacho o letrado al declarativo que corresponda conforme a la cuantía o al monitorio (al que también, conforme a la LEC, «podrá» acudir) pudiendo el **letrado**, como **acreedor**, optar por la vía procesal que considere conveniente, según las circunstancias del caso concreto. En todo caso, deberán aportarse los documentos que exige la LEC art.812 (reconocimiento de deuda, facturas, documentos comerciales). En tal sentido se pronuncia AP auto Barcelona 29-4-10, EDJ 125087 .

## C. Tributación de las sociedades profesionales

906	1. <b>Sociedades profesionales desde el punto de vista fiscal</b>	907
	2. <b>Obligaciones fiscales</b>	908
	a. Sociedad profesional	908
	b. Socio persona física autónomo (profesional)	909
	3. <b>Tributación</b>	910



a.	Impuesto sobre actividades económicas	910
b.	Impuesto sobre sociedades: tributación de la sociedad profesional	911
c.	Impuesto sobre la renta de las personas físicas: tributación del socio	912
d.	Impuesto sobre el valor añadido	913
e.	Otras cuestiones	914

## 1. Sociedades profesionales desde el punto de vista fiscal

907 Las sociedades de profesionales tienen su origen, tal y como se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Profesionales ( L 2/2007 ), en el cambio en la realidad práctica del ejercicio de las actividades profesionales -y, en el caso que nos ocupa, del ejercicio de la abogacía-, que había evolucionado desde la **actuación aislada** del profesional hasta una labor de equipo, con origen en la complejidad creciente de estas actividades y en las ventajas que derivaban de la especialización y división del trabajo.

En este sentido, las organizaciones colectivas que operaban en el ámbito de los servicios profesionales habían ido adquiriendo una creciente **difusión y complejidad**, dejando clara una tendencia hacia el ejercicio de las profesiones colegiadas por medio de sociedades (nº 300 ).

La aparición de este tipo de sociedades profesionales para ejercer la actividad profesional, en esencia personalísima, a través de una entidad diferenciada conlleva una serie de **implicaciones fiscales** que deben de ser analizadas.

En primer lugar, hay que tratar de analizar qué se entiende por sociedad profesional desde el **punto de vista fiscal**, pues el concepto difiere del mercantil.

### 907.1 Concepto fiscal de sociedad profesional

Al contrario de lo que ocurre en la normativa mercantil, donde la L 2/2007 recoge una definición de actividad profesional, la normativa fiscal no recoge esta definición.

No obstante, a pesar de la falta de esa definición específica, lo cierto es que la normativa de los **diferentes tributos** recoge una serie de **nociones** que nos pueden conducir hacia una idea del concepto fiscal de actividad profesional.

Así, desde la óptica del **impuesto sobre la renta de las personas físicas** encontramos en la LIRPF art.27 una aproximación de lo que podría considerarse una definición al considerar rendimientos de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, suponen por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios y cita expresamente entre las actividades que enumera, sin carácter exhaustivo, la prestación de servicios, incluyendo el ejercicio de **profesiones liberales, artísticas y deportivas**. No obstante, lo cierto es que en la práctica, la distinción de los rendimientos de actividades económicas respecto a los del trabajo o a los del capital no siempre resulta fácil.

907.2 Por lo que se refiere al **impuesto sobre el valor añadido (IVA)** la ley define lo que debe de entenderse por empresario o profesional por relación a aquellas personas que realicen actividades empresariales o profesionales ( LIVA art.5 ). Asimismo, entiende como actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de **factores** de producción, materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios incluyendo expresamente el ejercicio de profesiones liberales y artísticas.

Por último en el **impuesto sobre actividades económicas** se recoge como hecho imponible del impuesto el mero ejercicio, en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, definiéndose en el Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales que se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga la ordenación por cuenta propia de **medios de producción y de recursos humanos** o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios ( LHL art.79 ).

De las diferentes regulaciones que se contienen en la normativa de aplicación de los tres tributos citados (IRPF, IVA e IAE) se pueden extraer como característica común para considerar una actividad como económica la necesaria ordenación por cuenta propia de medios de producción materiales y/o humanos. Por lo tanto, puede considerarse como Sociedad Profesional aquella que presta servicios profesionales, de acuerdo con lo previsto en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE, independientemente de la relación que esta tenga con sus **socios profesionales**, ya sea esta **laboral o mercantil**.

Desde el punto de vista fiscal lo importante es la actividad que se realice y no si el ejercicio de la misma exige una titulación específica.

### 907.3 Relación de la sociedad con los clientes

De lo expuesto hasta ahora se puede concluir que, con la nueva **regulación** de las sociedades profesionales, son estas entidades las que tienen la relación con el cliente, y los socios profesionales tienen su relación con la sociedad profesional (a excepción del reforzamiento de la responsabilidad que se ha establecido con el cliente que pasa a ser doble, tanto de la sociedad como del socio).

### 907.4 Relación de los socios con la sociedad profesional

En el **concepto fiscal** que se puede deducir de sociedad profesional lo importante es el tipo de actividad que se realiza y no la relación que une a este tipo de sociedades con sus socios profesionales.

No obstante, esta relación puede ser de muchos tipos y será determinante desde el punto de vista fiscal a la hora de determinar qué tipo de rendimientos obtiene el socio profesional y cómo deberá de tributar por los mismos.

La delimitación de la **naturaleza** de la relación que une al socio profesional con la sociedad profesional, aunque a priori podría entenderse como mercantil, habrá que analizarla en cada caso particular. En este sentido se encuentran pronunciamientos de la Jurisprudencia y la Doctrina en todos los sentidos. La discusión más importante se centra en determinar **si** la citada relación es **laboral o mercantil**, aunque es cierto que pueden existir otras relaciones residuales.

### 907.5 Aunque, como se ha señalado, habrá que analizar caso por caso, pues lo importante es la realidad de la **relación** que une al **socio con la sociedad** y no la denominación que se le dé, lo cierto es que el Informe AEAT 22-3-2012 , viene a esclarecer ciertos aspectos, concluyendo que, en línea con lo dispuesto en la DGT CV 18-7-08 , la condición de socio se considera como «**un indicio significativo de la inexistencia de las notas de dependencia y ajeneidad**».

Por lo tanto, *a priori*, podría entenderse que la relación que une al socio con la sociedad profesional es de carácter mercantil dado que se presupone que no se dan las notas identificadoras de la relación laboral. A grandes rasgos, las **notas identificadoras** que habrá que valorar en cada caso son aquellas que determinan si el socio profesional ordena o no, por su cuenta, los medios de producción y/o los recursos humanos. Complicándose aún más si cabe esta definición por la dificultad de determinar qué significa «ordenar por su cuenta». Por lo tanto, será preciso analizar, caso por caso, si se dan las **notas** para poder calificar una relación como laboral, principalmente:

- **dependencia**;
- **ajeneidad**;
- **exclusividad**;
- **asiduidad**, jornada y horario de trabajo, lugar de trabajo, etc.;
- forma de la **retribución**;
- condición de **socio o no**, etc.

Es decir, la concurrencia de tales notas es una cuestión de hecho, por lo que habrá de analizarse en cada caso concreto la existencia o no de las mismas. Aunque, eso sí, a partir del 50% de **participación en el capital social** debe de entenderse, en cualquier caso, que existe una ordenación por cuenta propia ( L 2/2007 art.2.1.c ; TS 20-10-98, EDJ 28340 , entre otras).

No obstante lo anterior, habrá que excluir aquellos casos en que la propia normativa excluye determinadas **prestaciones de servicios** de la discusión (por ejemplo, los rendimientos obtenidos por consejeros o administradores que se califiquen como rendimientos del trabajo).

Por último, también deberá determinarse, para este tipo de relaciones si existe vinculación con la sociedad (nº 914.1 ).

### 907.6 Conclusiones

Desde el punto de vista fiscal, lo importante es el **tipo de actividad** que se realiza y no la relación que une a este tipo de sociedades profesionales con sus socios.

En este escenario se encuentra, en primer lugar, la **relación** que une a la sociedad profesional con el cliente, así como las obligaciones fiscales de la citada sociedad profesional y, en segundo lugar, las relaciones de los socios con la sociedad profesional (que podrá ser mercantil o laboral) y las obligaciones propias de los citados socios.

## 2. Obligaciones fiscales

---

### a. Sociedad profesional

**908** En cuanto nueva **persona jurídica interviniente** en la relación, esta sociedad profesional asumirá una serie de obligaciones.

En primer lugar, y además de los trámites mercantiles derivados de la constitución de la sociedad (por ejemplo, la solicitud del número fiscal previo), esta vendrá obligada a **cumplir** una serie de formalidades y **requisitos**.

#### 908.1 Solicitud de certificado/firma electrónica

En primer lugar, y a los efectos de agilizar todos los trámites fiscales -y con carácter obligatorio para S.A. y S.L.-, lo primero que debería de hacer el administrador de la sociedad profesional es solicitar el **certificado** para que la **empresa** pueda realizar todos los trámites necesarios con la Administración Tributaria de forma telemática.

Dicho certificado se puede obtener, por ejemplo, a través de **CERES** (Certificación Española) que es una iniciativa de la Administración, que lidera la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y que, en líneas generales consiste en establecer una Entidad Pública de Certificación, que permita autenticar y garantizar la **confidencialidad** de las **comunicaciones entre** ciudadanos, **empresas** u otras instituciones y **Administraciones públicas** -central, autonómica y local- (<http://www.cert.fnmt.es/>).

A través de este organismo, el **proceso** se divide en tres **fases**:

- a) Solicitud vía internet del certificado.
- b) Acreditación de la identidad en una Oficina de Registro.
- c) Descarga del certificado.

#### 908.2 Alta censal

La sociedad, una vez constituida, y asumiendo que desde ese momento comienza su actividad, debe de presentar un alta censal en la actividad, dando de **alta** frente a la Agencia Tributaria sus **datos fiscales y obligaciones tributarias**. En líneas generales, sin perjuicio de otras especialidades que pueda haber en casos particulares, la sociedad profesional deberá de cumplimentar el **modelo 036** (que, una vez obtenido el certificado a que se ha hecho referencia en el apartado anterior, se presentará de forma telemática).

De esta forma daremos de alta las obligaciones fiscales de la propia sociedad, no de sus socios.

#### 908.3 Presentación periódica de declaraciones

En función de la declaración censal de alta que haya presentado la sociedad estará obligada a presentar una serie de **declaraciones periódicas**:

- **Modelo 111**: Declaración-documento de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta procedentes de rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta.
- **Modelo 115**: Declaración-documento de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinadas rentas o rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre la renta de no residentes
- **Modelo 123**: Declaración-documento de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos del capital mobiliario o determinadas rentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre la renta de no residentes.
- **Modelo 216**: Impuesto sobre la renta de no residentes. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Retenciones e ingresos a cuenta.
- **Modelo 303**: Autoliquidación del impuesto sobre el valor añadido.
- **Modelo 202**: Pago fraccionado en el régimen general del impuesto sociedades.
- **Modelo 349**: Declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

#### 908.4 Asimismo, dichas obligaciones periódicas implican la obligación de presentar los **resúmenes anuales**, así como otras declaraciones de carácter anual.

- **Modelo 190**: Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo, de determinadas actividades económicas, premios y determinadas imputaciones de renta.
- **Modelo 180**: Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinadas rentas o rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre la renta de no residentes.
- **Modelo 193**: Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos de capital mobiliario, retenciones e ingresos a cuenta sobre determinadas rentas.
- **Modelo 296**: Resumen Anual de retenciones e ingresos a cuenta para no residentes.
- **Modelo 390**: Declaración-resumen anual del impuesto sobre el valor añadido.

- **Modelo 200:** Declaración-liquidación del impuesto sobre sociedades e impuesto sobre la renta de no residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español).

- **Modelo 347:** Declaración anual de operaciones con terceras personas.

En la página web de la Agencia se puede acceder a estos **modelos** ([http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio\\_es\\_ES/\\_Configuracion/\\_Acceda\\_directamente/\\_A\\_un\\_clic\\_/Modelos\\_y\\_formularios/Declaraciones/Declaraciones.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/_Configuracion/_Acceda_directamente/_A_un_clic_/Modelos_y_formularios/Declaraciones/Declaraciones.shtml)) y puede verse el **calendario** de estas obligaciones ([http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Bibl\\_virtual/folletos/calendario\\_contribuyente.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Bibl_virtual/folletos/calendario_contribuyente.shtml)).

#### 908.5 Obligaciones de la sociedad en el alta de empleados

La sociedad, una vez constituida, y asumiendo que desde ese momento comienza con sus actividades, debe de realizar, en líneas generales, los siguientes **procesos** para proceder al alta de los empleados:

1. **Inscripción de la sociedad en la Seguridad Social:** la inscripción es el acto administrativo por el que la Tesorería General de la Seguridad Social asigna a la sociedad un número para su **identificación y control** de sus obligaciones en el respectivo régimen del sistema de la Seguridad Social. Dicho número es considerado como primero y principal código de cuenta de cotización.
2. **Cobertura de la prestación económica por contingencias profesionales y comunes:** la sociedad, en el momento de solicitar la inscripción debe hacer constar, la entidad gestora y/o la entidad o entidades colaboradoras por las que opta tanto para la **protección** de las contingencias de trabajo y enfermedades profesionales como para la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
3. **Autorización** para realizar las **gestiones relativas a Seguridad Social a través de Sistema Red**. Este es el sistema de intercambio de información entre las sociedades y la Tesorería General de la Seguridad Social a través de internet.
4. **Autorización** para realizar las **gestiones relativas al Servicio Público de Empleo a través de Contrat@ y Certificad@:** Este es el sistema de **intercambio** de información entre las sociedades y el Servicio Público de Empleo a través de internet.
5. **Comunicación a la Seguridad Social del alta de cada empleado** en la sociedad con antelación a la fecha de efectos (a través de **Sistema Red**).
6. **Comunicación al Servicio Público de Empleo** de la contratación de cada empleado en los 10 días siguientes a la fecha de efectos (a través de **Contrat@**).

#### b. Socio persona física autónomo (profesional)

909 Es necesario determinar con carácter previo qué tipo de relación une al socio con la sociedad. Si se entiende que la **relación es laboral**, será la sociedad la que tenga que dar de alta al empleado, no obstante, si se entiende que va a tener una **relación mercantil**, que se va a tratar de un socio profesional autónomo que obtiene rendimientos de actividades económicas, asumirá una serie de **obligaciones**, que son las siguientes:

#### 909.1 Solicitud de certificado/firma electrónica

Aunque en el caso de los socios personas físicas la presentación de declaraciones tributarias por medios telemáticos no es obligatoria, lo cierto es que desde el punto de vista práctico **facilita** mucho las cosas. Para ello, el procedimiento es similar al de la obtención del certificado por la sociedad profesional (nº 960).

#### 909.2 Alta censal

El socio persona física deberá de presentar **antes** del **comienzo** de su **actividad** una declaración censal de alta en la actividad, dando de alta frente a la Agencia Tributaria sus datos fiscales y obligaciones tributarias.

#### 909.3 Presentación periódica de declaraciones

En función de la declaración censal de alta que haya presentado, el socio tendrá que señalar sus **obligaciones tributarias** y estará obligado a presentar una serie de declaraciones periódicas. En líneas generales deberían ser las siguientes:

- **Modelo 130:** Pago fraccionado. Empresarios y profesionales en estimación directa. Declaración - Liquidación.
- **Modelo 303:** Autoliquidación del impuesto sobre el valor añadido.
- **Modelo 349:** Declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

Asimismo, dichas obligaciones periódicas implican la obligación de presentar los **resúmenes anuales**, así como otras declaraciones de carácter anual.

- **Modelo 100**: Documento de ingreso o devolución de la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

- **Modelo 390**: Declaración-resumen anual del impuesto sobre el valor añadido.

- **Modelo 347**: Declaración anual operaciones con terceras personas.

- En la página web de la Agencia se puede acceder a estos **modelos** ([http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio\\_es\\_ES/\\_Configuracion/\\_Acceda\\_directamente/\\_A\\_un\\_clic\\_/Modelos\\_y\\_formularios/Declaraciones/Declaraciones.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/_Configuracion/_Acceda_directamente/_A_un_clic_/Modelos_y_formularios/Declaraciones/Declaraciones.shtml)) y puede verse el **calendario** de estas obligaciones ([http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Bibl\\_virtual/folletos/calendario\\_contribuyente.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Bibl_virtual/folletos/calendario_contribuyente.shtml)).

### 3. Tributación

---

#### a. Impuesto sobre actividades económicas

910 En el caso de las sociedades profesionales en relación con el IAE se produce la duda en cuanto a quién es el **sujeto pasivo** del impuesto.

Por una parte se encuentra que la actividad la realiza el socio profesional abogado por ser una **relación personalísima** pero, lo cierto, es que el negocio jurídico se ha formalizado con la Sociedad que es quien ha firmado el contrato y quien va a facturar al cliente.

Por lo tanto, es muy importante determinar el papel que juega la sociedad en la relación con el cliente.

Asumiendo que se está en el supuesto en el que se constituye una **sociedad profesional**, de las reguladas en la L 2/2007, siendo la sociedad la que efectivamente se erige en centro de imputación del ejercicio de la actividad, será esta quien estará obligada al pago del IAE. Precisamente, por ser la actividad que se presta al cliente realizada directamente por la sociedad, y no por los **socios profesionales**, estos estarán excluidos de darse de alta por el IAE cuando sus actuaciones se realicen exclusivamente en nombre de la entidad de que forman parte.

En este sentido, ninguna persona o entidad está sujeta al IAE si no ordena por cuenta propia **medios de producción** ni recursos humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

#### b. Impuesto sobre sociedades: tributación de la sociedad profesional

911 Es preciso señalar que las sociedades de profesionales, en líneas generales, tributarán por el impuesto sobre sociedades como cualquier **sociedad mercantil normal**, sin ninguna especialidad, al margen de las posibles relaciones con sus socios.

La Ley del Impuesto sobre Sociedades dispone que la base imponible estará constituida por el importe de la renta en el período impositivo minorada por la **compensación** de bases imponibles negativas de períodos impositivos anteriores ( LIS art.10 ).

Aunque existen varios métodos de determinar la citada base imponible (estimación objetiva, estimación indirecta), lo normal será que esta se determine por el **método de estimación directa**.

En dicho método, la base imponible se calcula, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la LIS, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio y normas de desarrollo.

De forma muy simple puede establecerse que la **base imponible** es el resultado de minorar de los ingresos computables, los **gastos** que tengan la consideración de **deducibles** (sobre el resultado contable es posible realizar algunos ajustes fiscales).

911.1 Por lo tanto, de los ingresos obtenidos por la sociedad profesional se podrá deducir los siguientes gastos (citaremos solo aquellos que consideramos más importantes):

1. **Gastos deducibles**. En líneas generales se puede entender que son deducibles los gastos que se hallen correlacionados con los ingresos. No obstante, la LIS art.15 recoge una serie de **gastos no deducibles**.
2. **Amortizaciones**. Son deducibles las **cantidades** que, en concepto de amortización del inmovilizado material, intangible y de las inversiones inmobiliarias, correspondan a la depreciación efectiva que sufran los distintos elementos por funcionamiento, uso, disfrute u obsolescencia ( LIS art.12 ).
3. **Pérdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales**. Dentro de esta categoría, y a los **efectos** que aquí más interesan desde el punto de vista práctico, serán deducibles, siempre dentro de unos límites y con unos determinados requisitos ( LIS art.13 ): a) Las pérdidas por deterioro de los créditos derivadas

de las posibles insolvencias de los deudores (**incobrables**) cuando concurren las siguientes **circunstancias**: - antigüedad superior a 6 meses; - declaración de concurso del deudor; - procesamiento del deudor por alzamiento de bienes; y - reclamación judicial de la deuda o que estas sean objeto de litigio judicial o procedimiento arbitral. A partir de 1-1-2015, se establece la no deducibilidad de las pérdidas por deterioro del **inmovilizado material, inversiones inmobiliarias e inmovilizado intangible**, instrumentos de patrimonio y valores representativos de deuda. No obstante, estas pérdidas por deterioro sí serán deducibles en los términos y en las condiciones establecidas en la LIS art.20 . b) El **fondo de comercio**. Es deducible el precio de adquisición, en un plazo de 20 años (límite anual máximo del 5%). Como novedad, y para ejercicios iniciados con anterioridad a 1-1-2015, se eliminan los **requisitos** para la **deducibilidad** de la adquisición del fondo de comercio que exigían: - la adquisición a título oneroso; - que la adquisición no se haya realizado a otra entidad del mismo grupo de sociedades; y - que se haya dotado una reserva indisponible de al menos el importe deducible.

4. **Provisiones**. Las provisiones para riesgos y gastos tienen por objeto cubrir las obligaciones de pagos y gastos originados en el mismo ejercicio o en uno anterior, que en la fecha de cierre del ejercicio sean **probables** o ciertos, pero indeterminados en cuanto a su importe exacto o a la fecha en que se liquidarán. Por exclusión, la LIS establece una serie de provisiones que no tienen la consideración de fiscalmente deducibles ( LIS art.14 ).

5. **Donativos y liberalidades**. No son deducibles, si bien como novedades importantes a partir de 1-1-2015, se introdujeron las siguientes modificaciones: a) Los **gastos por atención a clientes o proveedores** serán deducibles, no teniendo la consideración de liberalidad, con el límite del 1% del importe neto de la cifra de negocios del periodo impositivo. La deducibilidad de cuantías inferiores está sometida a las reglas generales de registro, justificación e imputación temporal. b) Se admite la deducibilidad de las **retribuciones a los administradores**, no teniendo la consideración de liberalidad «(...) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato laboral con la entidad».

911.2 En el Impuesto sobre Sociedades los ingresos y los gastos se imputarán en el **período impositivo** en que se **devenguen**, atendiendo a la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera, respetando la debida correlación entre unos y otros.

Realizadas todas las operaciones anteriores, la **base imponible** resultante podrá ser positiva o negativa. En caso de que suceda esto último, es decir, que la base imponible sea negativa, la misma supondrá que no existe pago por el Impuesto sobre Sociedades.

En líneas generales, las **bases imponibles negativas** pueden ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos siguientes, sin límite temporal alguno, si bien las mismas se verán reducidas cuando concurren determinadas circunstancias ( LIS art.26 ). El **período impositivo** coincidirá con el ejercicio económico de la entidad, con las siguientes excepciones:

- cuando la entidad **se extinga**;
- cuando tenga lugar un **cambio de residencia** de la entidad residente en territorio español al extranjero;
- cuando se produzca la **transformación** de la forma jurídica de la entidad y ello determine la no sujeción a este impuesto de la entidad resultante o determine la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial.

911.3 El período impositivo no puede exceder de los 12 meses. Por lo que se refiere al devengo del Impuesto, este se produce el último día del período impositivo ( LIS art.27 y 28 ).

Pues bien, determinada la base imponible por este impuesto, sobre la misma es preciso aplicar el **tipo de gravamen** para determinar la cuota tributaria. Con carácter general el tipo impositivo será del 25% ( LIS art.29 ). Existen otros tipos de gravamen diferentes que habrá que analizar caso por caso.

Asimismo, hay que tener en cuenta la disp.trans.22ª de la LIS , que regula un **tipo de gravamen reducido** para las entidades de nueva creación, constituidas entre 1-1-2013 y 31-12-2014, que realicen actividades económicas. Estas entidades tributarán, en el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, al tipo del 15% y el resto al tipo del 20%.

Una vez obtenida la citada cuota íntegra es posible aplicar, en la liquidación del Impuesto, una serie de **deducciones** que minorarán la cantidad a pagar.

#### 911.4 Pago fraccionado

En los primeros 20 días naturales de los meses de abril, octubre y diciembre, los sujetos pasivos deberán efectuar un pago fraccionado a cuenta de la **liquidación** correspondiente al período impositivo que esté en curso el día 1 de cada uno de los meses indicados.

Existen dos **formas** de realizar el pago fraccionado, a opción del sujeto pasivo, ya sea ( LIS art.40 ):

- tomando como **base la cuota íntegra** del último período impositivo; o
- sobre la parte de la **base imponible** del período de los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural.

Esta segunda modalidad será obligatoria cuando el volumen de operaciones es superior a 6.010.121,04 euros.

En caso de opción, el sujeto pasivo quedará vinculado a esta modalidad del pago fraccionado respecto de los pagos correspondientes al mismo período impositivo y siguientes, en tanto no se renuncie a su aplicación a través de la correspondiente **declaración censal**.

La **cuantía** del pago fraccionado será el resultado de aplicar a las bases previstas en los dos apartados anteriores el porcentaje que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado o normas que los complementen.

#### 911.5 Deducción de las retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados

Serán deducibles de la cuota íntegra:

- a) Las **retenciones a cuenta**.
- b) Los **ingresos a cuenta**.
- c) Los **pagos fraccionados**.

#### c. Impuesto sobre la renta de las personas físicas: tributación del socio

912 Como ya hemos indicado anteriormente, la **renta obtenida por el socio** puede ser calificada como rendimiento del trabajo o como rendimiento de la actividad económica.

##### 912.1 Rendimiento del trabajo

La LIRPF considera **rendimientos íntegros** del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas ( LIRPF art.17 ).

La LIRPF prevé una serie de **reducciones** para el cálculo del rendimiento neto:

- a) **Reducción por importe de renta** (General): 2.000 euros, que puede aumentar en función del volumen de renta y la situación del empleado ( LIRPF art.19 y 20 ).
- b) **Reducciones por irregularidad**: se recoge una reducción del 30%, con el límite de 300.000 euros de base de reducción, para rendimientos generados en más de 2 años, así como para rendimientos notoriamente irregulares ( LIRPF art.18 ).

También se establecen una serie de **gastos** que pueden considerarse **deducibles** del rendimiento íntegro, para obtener el rendimiento neto, tales como: cotizaciones a la Seguridad Social, cuotas a sindicatos y colegios profesionales y gastos de defensa jurídica ( LIRPF art.19 ).

Por lo que se refiere al tipo de retención, en líneas generales, el tipo de retención aplicable es el que resulta de aplicar la **escala** (estatal y autonómica) y, por lo tanto, muy similar al impuesto definitivo correspondiente a dichos rendimientos ( LIRPF art.62 s. y art.99 s.).

Es importante señalar, respecto de las **reglas de imputación temporal**, que, en líneas generales, los rendimientos del trabajo se imputan cuando son exigibles por el perceptor, con independencia del momento en que se paguen, aunque hay ciertas excepciones ( LIRPF art.14 ).

Por lo que se refiere a la **individualización de rentas**, en el caso de los rendimientos del trabajo, estos se atribuyen a quien genera el derecho a su percepción.

##### 912.2 Rendimiento de la actividad económica

La LIRPF dispone que se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del **contribuyente** la ordenación por cuenta propia de **medios de producción y de recursos humanos** o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios ( LIRPF art.27 ).

Además, se califican expresamente como rendimientos de actividades económicas, los rendimientos obtenidos por contribuyentes procedentes de una entidad de la sean socios, cuando deriven de la realización de actividades **profesionales** (actividades incluidas en la sección 2ª de las tarifas del IAE), siempre que dichos contribuyentes estén **incluidos en el RETA** o mutualidad de previsión social alternativa. Este criterio de calificación de rentas resulta de aplicación tanto si nos encontramos ante socios de **sociedades profesionales**, incluidas por tanto dentro del ámbito de aplicación de la L 2/2007 , como si se trata de socios de lo que la doctrina viene denominando «sociedades de profesionales o entre profesionales», con referencia a la intermediación, medios o comunicación de resultados.

El rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del impuesto sobre sociedades, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en la LIRPF ( LIRPF art.28 ).

Para la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas no se incluirán las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los **elementos patrimoniales afectos** a las mismas, que tendrán la consideración de ganancias o pérdidas patrimoniales ( LIRPF art.29 ).

La determinación de los rendimientos de actividades económicas se efectuará, con carácter general, por el **método de estimación directa** ( LIRPF art.30 ), admitiendo dos modalidades, la normal y la simplificada -no entramos a analizar la modalidad objetiva ( LIRPF art.31 )-.

- a) La **modalidad simplificada** se aplicará para determinadas actividades económicas cuyo importe neto de cifra de negocios, para el conjunto de actividades desarrolladas por el contribuyente, no supere los 600.000 euros en el año inmediato anterior, salvo que renuncie a su aplicación.
- b) La **modalidad normal** resulta de aplicación en los supuestos de renuncia o exclusión de la modalidad simplificada.

**912.3** Por lo que se refiere a las **reducciones** para el cálculo del rendimiento neto de los rendimientos de las actividades económicas, en el método de estimación directa ( LIRPF art.32 ):

- a) **Reducción por importe de renta** (General): 2.0000 euros, aunque para la aplicación de la reducción será necesario el cumplimiento de determinados requisitos.
- b) **Reducciones por irregularidad**: se recoge una reducción del 30%, con el límite de 300.000 euros, para rendimientos generados en más de 2 años **y no periódicos y recurrentes**, así como para rendimientos notoriamente irregulares. Esta reducción podría ser no aplicable si se considerase que se ha pactado *ex novo*. La aplicación de la reducción en los rendimientos de actividades económicas ha sido objeto de precisión por la doctrina y los tribunales, estableciendo unas pautas importantes en el caso de los abogados.
- c) Aquellos contribuyentes que **inicien el ejercicio de una actividad económica** y determinen el rendimiento neto de la misma con arreglo al método de estimación directa, se beneficiarán de una **reducción** del 20% del rendimiento neto positivo, en el primer período impositivo en que el mismo sea positivo y en el período impositivo siguiente.

La **cuantía** de los **rendimientos netos** a que se refiere este apartado sobre la que se aplicará la citada reducción no podrá superar el importe de 100.000 euros anuales y no resultará de aplicación en el **período impositivo** en el que más del 50% de los ingresos del mismo procedan de una persona o entidad de la que el contribuyente hubiera obtenido rendimientos del trabajo en el año anterior a la fecha de inicio de la actividad.

**912.4** Por lo que se refiere a los **gastos deducibles**, con carácter general, la LIRPF remite a las reglas del Impuesto sobre Sociedades para determinar qué gastos se consideran deducibles. Como **regla especial** en el caso de la modalidad de estimación directa simplificada establece la **amortización de inmovilizado material** según tabla de amortización lineal simplificada, con aplicación de beneficios de entidades de reducida dimensión (libertad de amortización para inversiones de escaso valor, amortización acelerada del inmovilizado material nuevo y del inmovilizado inmaterial, amortización acelerada de elementos patrimoniales objeto de reinversión, dotación por posibles insolvencias de deudores; OM 27-3-1998 ):

En el IRPF, el criterio más controvertido en relación con los gastos deducibles suele ser el de correlación con los ingresos, por la posible confusión entre el **patrimonio personal y el profesional**. En general, los gastos serán deducibles cuando se consideren necesarios para el desarrollo de la actividad o estén relacionados con elementos afectos a la misma. Los gastos más discutidos suelen ser los relacionados con el **uso de vehículos o los gastos de manutención**, estancia o viajes.

En este sentido, la L 6/2017 , de reformas urgentes del trabajo autónomo introduce algunas novedades **con efectos 1-1-2018**:

- a) Se establecen **criterios objetivos** para determinar la cantidad que puede ser objeto de deducción en concepto de **gastos de suministros** de la vivienda parcialmente afecta al ejercicio de la actividad. Los gastos de suministros de la vivienda, tales como agua, gas, electricidad, telefonía e internet, son deducibles en el resultado de aplicar el porcentaje del 30% a la proporción de metros cuadrados de la vivienda destinados a la actividad, salvo que se pruebe un porcentaje superior o inferior.
- b) Los **gastos de manutención** incurridos en el desarrollo de la actividad económica son deducibles con el límite reglamentariamente establecido para la deducción de las dietas y asignaciones para gastos normales de manutención de los trabajadores -actualmente 26,67 euros diarios, si el gasto se incurre en España, y 48,08 euros, si es en el extranjero; importes que se duplican en caso de pernoctación-.

En todo caso, la deducibilidad se condiciona a que dichos gastos se incurran en **establecimientos** de restauración/ hostelería y se abonen a través de cualquier medio electrónico de **pago**.



912.5 Por lo que se refiere a los **tipos de retención** aplicables, el tipo es fijo:

1. Tipo de **retención general** del 15%.

2. Tipo de **retención reducido** del 7% durante el año de inicio de la actividad y los dos siguientes.

En cuanto al tratamiento de las **indemnizaciones por cese** de la relación no se prevé ninguna exención aunque podría existir la posibilidad de aplicar la reducción del 30%.

La **imputación temporal** en el caso de rendimientos de actividades económicas tiene ciertas especialidades ( LIRPF art.14 ):

a) **Regla general:** de acuerdo con la aplicación de las normas del impuesto sobre sociedades: devengo.

b) **Regla especial:**

- El contribuyente puede optar por aplicar la **opción de cobros y pagos** que deberá de mantener al menos durante 3 años ( RIRPF art.7 ). Esta opción puede no ser posible si realiza otras actividades.
- **Regla de operaciones aplazadas** (necesario transcurso de más de un año entre entrega o puesta a disposición del bien o servicio y el vencimiento del último plazo).

Los rendimientos de actividades profesionales se entienden obtenidos por quien realiza de forma habitual, personal y directa la ordenación de los medios. Se presume que esto ocurre en el que figura como **titular de la actividad**.

#### d. Impuesto sobre el valor añadido

913 El tratamiento a efectos de IVA es muy similar tanto para las sociedades profesionales como para los **socios personas físicas** que mantienen con la citada sociedad una relación mercantil.

La LIVA establece que estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su **actividad empresarial o profesional**, entendiéndose comprendidas en líneas generales, tanto la prestación de servicios realizada por la sociedad a los clientes como la del socio persona física a la sociedad (ambos sujetos pasivos de este impuesto) ( LIVA art.4 ).

El sujeto pasivo deberá repercutir el impuesto en las **facturas** que emita (teniendo en cuenta siempre las reglas de localización del hecho imponible si se trabaja para destinatarios extranjeros - LIVA art.68 s. y 88 -). Las facturas deben de cumplir los requisitos que se establecen en el RD 1619/2012 , por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. A estos efectos, la cuota repercutida se consignará separadamente de la base imponible.

913.1 Se pierde el **derecho a la repercusión** cuando haya transcurrido un año desde la fecha del devengo.

Con carácter general el **tipo impositivo** del impuesto es el 21% ( LIVA art.90 ).

En principio, y salvo casos muy excepcionales, los servicios prestados por los abogados no gozarán de ninguna exención en el impuesto ( LIVA art.20 ).

Por lo que se refiere al **devengo** del impuesto ( LIVA art.75 ) este se produce cuando se presten, ejecuten o efectúen las **operaciones gravadas**. Hay que tener en cuenta las especialidades de supuestos de pagos anticipados o de posibles operaciones de tracto sucesivo.

La **base imponible** del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas, excluyéndose de la mismas los **suplidos** (no así los anticipos de honorarios ni los gastos que no cumplan los requisitos para ser suplidos) ( LIVA art.78 ).

Los sujetos pasivos podrán **deducir de las cuotas del IVA** repercutidas las que hayan **soportado**, en la medida en que los bienes y servicios adquiridos se utilicen en la realización de la actividad empresarial o profesional ( LIVA art.92 s. ).

913.2 Podrán hacer uso del derecho a deducir los sujetos pasivos del impuesto que tengan la condición de empresarios o profesionales y hayan iniciado la realización habitual de **entregas de bienes o prestaciones de servicios**. No obstante, las cuotas soportadas o satisfechas con anterioridad al inicio de la realización habitual de entregas de bienes o prestaciones de servicios también podrán deducirse. La ley establece una serie de definiciones, requisitos y limitaciones en cuanto a la deducibilidad de las cuotas soportadas ( LIVA art.94 , 95 y 96 ).

Por lo que se refiere a los **requisitos formales**, solo podrán ejercitar el derecho a la deducción los empresarios o profesionales que estén en posesión del **documento justificativo** de su derecho (**factura completa**).

El derecho a la deducción nace en el momento en que se devengan las cuotas deducibles.

Por lo tanto, los sujetos pasivos presentarán la **autoliquidación del IVA** correspondiente (ya sea con periodicidad mensual o trimestral, según corresponda) incluyendo, por un lado, las cuotas de IVA repercutidas, minorándolas en las cuotas de IVA soportadas. La diferencia será el importe de IVA a pagar. Si el resultado fuese negativo podrá solicitarse la **compensación** o la **devolución** (con determinados requisitos). Se entiende que, en líneas generales, no resultará de aplicación la regla de prorata ni los supuestos de regularización de deducción de **cuotas de bienes de inversión** ( LIVA art.104 s. ).

#### e. Otras cuestiones

### 914 Valoración de las operaciones

La L 2/2007 , de sociedades profesionales establece que los socios profesionales deben realizar prestaciones accesorias que se presumen, legalmente, gratuitas, salvo que se pacte lo contrario.

Por su parte, la Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece que el cargo de administrador se entiende gratuito, salvo que se establezca lo contrario.

La normativa fiscal, sin embargo, parece llevar a que todo socio profesional y todo consejero (que realiza **funciones «directivas»**) deben percibir una **retribución de mercado** por el ejercicio de su actividad laboral/profesional. Así se presumen retribuidas las prestaciones de servicios que sean susceptibles de generar rendimientos del trabajo o del capital, salvo prueba en contrario.

La valoración de las rentas estimadas debe realizarse por el **valor normal de mercado**, que es la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes (de nuevo, salvo prueba en contrario).

No existe presunción en esta regla para los rendimientos de actividades económicas. No obstante, existe una regla específica para el cálculo del rendimiento neto de actividades económicas.

Este mismo criterio de mercado es respaldado cuando se regulan las reglas especiales de valoración, concretamente de las **operaciones vinculadas**.

A efectos de la justificación de la valoración, existe una regla -«**puerto seguro**» ( LIS art.18.6 )-, que permite a las sociedades profesionales entender que la valoración utilizada en las operaciones con sus socios profesionales es de mercado, con una serie de requisitos (que se trate de una prestación de servicios de socio profesional, persona física, a entidad vinculada, que más del 75% de los ingresos del ejercicio en las entidades debe proceder del desarrollo de actividades profesionales, que la retribución correspondiente a la totalidad de los socios profesionales no debe ser inferior al 75% de dicho resultado previo, etc.).

#### 914.1 Operaciones vinculadas

La normativa de IRPF nos remite al impuesto sobre sociedades y señala que, como regla general, las operaciones entre personas o entidades vinculadas deben valorarse a mercado (valor que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia) ( LIRPF art.41 ; LIS art.18 y RIS art.13 s. ).

Las **correcciones valorativas** pueden dar lugar a ajustes primarios y secundarios: el **ajuste secundario** es el que corresponde a la verdadera naturaleza de la operación. Por ejemplo, si un socio valora su servicio a la sociedad por encima de mercado, puede entenderse que se ha repartido un dividendo.

Entre las **personas vinculadas** se encuentran:

- a) **Una entidad y sus socios**, o los cónyuges o parientes (directos o colaterales, consanguíneos o afines, hasta el tercer grado) de aquellos. La participación debe ser al menos del 25%.
- b) **Una entidad y sus consejeros** o administradores o los cónyuges o parientes (directos o colaterales, consanguíneos o afines, hasta el tercer grado) de estos.
- c) **Dos entidades del mismo grupo** (remisión al CCom art.42 ), cuando ambas sean del mismo grupo.
- d) **Una entidad y otra participada** por la primera indirectamente en, al menos, el 25%.

Existen **obligaciones específicas de documentación** de las operaciones vinculadas y un régimen sancionador muy estricto cuando dicha documentación no existe o es falsa o incompleta, pero también cuando existe pero la valoración utilizada y declarada difiera de la que se desprende de la documentación. Estas obligaciones se exceptúan o limitan en ciertos casos en los que no se superan determinados umbrales.

#### | CAPÍTULO 7

# Responsabilidad penal de las personas jurídicas. «Compliance»

915	A. Consideraciones previas	917
	B. Sujetos responsables	930
	C. Delitos por los que la persona jurídica puede ser penalmente responsable	985
	D. Penas aplicables	990

- 916 Al margen de las implicaciones penales, en el ámbito jurídico-societario los **programas de cumplimiento normativo** son, ante todo, una pieza básica del diseño de un eficaz sistema de gobierno corporativo de las sociedades mercantiles, lo que en última instancia se proyecta en los principios rectores que deben presidir la actividad del órgano de administración de las empresas.

Estas consideraciones también son **aplicables** a las personas jurídicas en general en una nueva manifestación de cómo el gobierno corporativo y, en su conjunto, las políticas de cumplimiento normativo -gestadas en torno a las compañías mercantiles y, dentro de éstas, ideadas originariamente en el entorno de las grandes compañías financieras para luego generalizarse entre las cotizadas- se han ido extendido a todo tipo de entidades, no sólo privadas sino también de naturaleza jurídico pública.

Los programas de cumplimiento normativo deben ser, por lo tanto, contemplados como la **expresión del buen gobierno** de una sociedad mercantil que comprende también su compromiso con la lucha y la prevención de cualquier tipo de ilícito cometido por sus consejeros, directivos, empleados, e incluso apoderados, en el ejercicio de las funciones que le tiene atribuida la persona jurídica.

Es decir, el diseño y aplicación de programas eficaces de cumplimiento normativo se presenta ya como una consecuencia del correcto ejercicio de los **deberes de diligencia y lealtad** de los miembros del órgano de administración en orden a prevenir situaciones de riesgos normativos para sus empresas si bien extendidos al conjunto de personas que actúan por cuenta de la persona jurídica (incluidos los directivos, empleados, agentes y demás representantes).

En este contexto, para que cualquier entidad pueda cumplir escrupulosamente con las exigencias legales debe tener debidamente implementado un **programa de defensa corporativa** o cumplimiento normativo (también comúnmente llamados, por su origen anglosajón, programas de *corporate defence*), que además constituye un elemento esencial para la consecución de los intereses sociales y es una muestra de su compromiso con la sociedad y el cumplimiento de la normativa que le afecta.

Desde esta perspectiva, puede decirse, por tanto, que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro ordenamiento responde al objetivo de la adopción de **políticas y metodologías preventivas** que mejoren la gestión y el gobierno de la propia empresa.

## A. Consideraciones previas

- 917 Las doctrinas modernas han sido contrarias a aceptar la responsabilidad colectiva de las personas jurídicas, fundamentalmente, porque con ello se quebraría uno de los principios esenciales del Derecho penal: el **principio de personalidad de la pena** (*societas delinquere non potest*). Además, se alega por los llamados negacionistas, que en la persona jurídica falta la capacidad de culpabilidad (la culpa es siempre individual). Por ello, para luchar en el terreno de la prevención contra el uso de las personas jurídicas como elementos de favorecimiento de ciertos delitos, se han venido utilizando otros **mecanismos**:

a) En el terreno de la responsabilidad penal, al declarar responsable a la persona o personas individuales que adoptaron el acuerdo o actuaron en nombre de la sociedad para producir el acto delictivo.

b) En el terreno del llamado Derecho penal administrativo y de las medidas de seguridad, al admitirse también sanciones y medidas contra la persona jurídica que tienden a prevenir su utilización como elemento de realización del delito (Jiménez de Asúa).

## 922 Reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica

El **objetivo** perseguido por la reforma del vigente Código Penal, incorporando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no era otro que el favorecimiento de la generalización de prácticas internas dentro de la empresa dirigidas a prevenir la comisión de determinadas conductas que el legislador consideraba especialmente reprobables.

Esta idea se hizo todavía más patente con la reforma del Código Penal operada mediante la LO 1/2015 , en la medida en que ésta, respondiendo a la necesidad de conferir mayor seguridad jurídica a la regulación que incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica, reforzó la eficacia de los denominados **planes de prevención de delitos** como instrumentos de exención de la responsabilidad penal de las empresas y entidades.

La reforma introducida en el Código Penal por la LO 5/2010 , además de otros aspectos tales como la incorporación de una serie de normas comunitarias (decisiones marco y directivas) que inciden en el ámbito de la armonización jurídica

Europea, admitió de plano por primera vez la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante la introducción del CP art.31 bis en el que se estableció una **doble vía**:

**a)** La imputación de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho por aquellas personas que tienen **poder de representación** (representantes legales y voluntarios) u ostentan facultades de organización y control en su seno; y

**b)** La exigencia de responsabilidad por las infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido **control sobre las personas físicas** a través de las cuales ésta opera en el tráfico.

Con esta reforma se reguló de una manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas atendiendo con ello a los numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandaban una respuesta penal clara para las personas morales, sobre todo en aquellas **figuras delictivas** donde la posible **intervención de las empresas** se hacía más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, etc.). La admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica llega hasta tal punto que cabe su reconocimiento con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física a través de quien la entidad actúa.

La LO 5/2010 fue objeto de reforma por la LO 7/2012, en la que, entre otras novedades, se introdujo la responsabilidad penal de los **partidos políticos y sindicatos** al incluirlos dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas del que, hasta esa fecha, estaban excluidos. Por consiguiente, tanto los partidos políticos como los sindicatos podrán ser considerados responsables penales, cuando se den el resto de requisitos y circunstancias establecidos en el CP art.31 bis.

Además, la LO 1/2015, llevó a cabo una completa actualización en el Código Penal, dando una redacción más precisa al CP art.31 bis (sustituyendo la expresión «en provecho» por «en beneficio directo o indirecto») e introduciendo nuevos artículos que completan un régimen jurídico que la experiencia de los primeros años de aplicación del CP art.31 bis hacía aconsejable (CP art.31 ter, quáter y quinquies). Entre las cuestiones introducidas por esta LO 1/2015 hay que citar la responsabilidad penal de las **sociedades mercantiles públicas**, a las que sólo podrá imponerse pena de multa o intervención judicial, salvo que las mismas hayan sido creadas para eludir la responsabilidad penal.

## B. Sujetos responsables

930	1.	<b>Vínculo entre la persona física y la persona jurídica responsable penalmente</b>	932
	2.	<b>Personas jurídicas exentas de responsabilidad criminal</b>	940
	3.	<b>Reglas especiales de exención objetiva: planes de prevención de delitos (PPD)</b>	950
	a.	Responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos	952
	b.	Supuestos de exención objetiva	955
	c.	Requisitos para aplicar la exención a los sujetos con facultades de dirección	960
	d.	Requisitos para aplicar la exención a los sujetos sometidos a la autoridad de órganos de dirección	970
	4.	<b>Regla general de atenuación de la pena</b>	972
	5.	<b>Reglas especiales de atenuación de la responsabilidad penal una vez cometido el delito</b>	975
	6.	<b>Autonomía de la responsabilidad criminal de la persona jurídica respecto de la persona física</b>	980
	7.	<b>Responsabilidad en caso de fusión, absorción, disolución</b>	982

### 1. Vínculo entre la persona física y la persona jurídica responsable penalmente

932 La persona jurídica no deja de ser una ficción elaborada por el Derecho por lo que, ante todo, debe realizarse una conducta tipificada por una persona física que tenga un vínculo determinado con la persona jurídica para que a esta última se le pueda atribuir responsabilidad criminal.

A tal efecto, se prevén dos **modos** distintos de **vinculación** de la persona física que incurre en la acción u omisión típica y la persona jurídica (CP art.31 bis.1).

### 933 Delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica por sujetos con facultades de dirección

Se trata de delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su **beneficio directo o indirecto**, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

El precepto enumera una serie de **requisitos** que pueden desglosarse del siguiente modo:

**a)** Debe tratarse de delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica. La dicción del Código aboca a pensar en la existencia de una **relación de representación** entre la persona física actuante y la persona jurídica responsable penalmente. Dicha relación de representación no deberá ser necesariamente formal en el sentido de que explícitamente se realicen las actuaciones o se suscriban documentos haciendo mención expresa de que se actúa o se presta el consentimiento mediante una relación de presentación *ex lege* o voluntaria de la persona jurídica; bastará para que se haya generado una conciencia o una apariencia clara de que la única razón de ser que tiene la intervención de la persona jurídica en la acción típica es que lo hace con la intención de imputar el resultado a la persona jurídica, imputación que de manera explícita o implícita aceptan los terceros que intervienen.

Habrán muchos supuestos en los que dependerá de la **prueba** que se practique la demostración de que es un factor determinante de la intervención de la persona física en la acción el que los resultados y las consecuencias de ello deban imputarse o trasladarse a la esfera jurídica, económica, institucional o reputacional de la persona jurídica cuya responsabilidad se pretenda.

También deberá acreditarse que los terceros que intervinieron en la acción tenían conocimiento explícito o implícito de dicha circunstancia.

Es en este sentido como debe entenderse la expresión del Código en nombre o por cuenta, debiendo interpretarse que cuando el texto legal utiliza la expresión por cuenta lo hace tratando de abarcar supuestos en los que no hay una actuación formal en concepto de apoderamiento (en nombre), ya sea legal o voluntario, sino que hay una intención clara de imputar los efectos de la actuación a la persona jurídica aplicando en este caso la teoría civilista de la representación indirecta (por cuenta).

**b)** La actuación debe hacerse en **beneficio directo o indirecto** de la persona jurídica. Nuevamente nos encontramos ante una concepción amplia del legislador a la hora de apreciar los requisitos necesarios para poder asignar responsabilidad criminal a la persona jurídica; bastará con que el beneficio sea indirecto o mediato, para apreciar la responsabilidad. La redacción original del precepto utilizaba el concepto del «provecho» en lugar del beneficio, lo que conlleva una redacción más precisa que ha sido aplaudida por la doctrina.

**c)** El **beneficio** no debe ser **efectivo o inmediato**. El legislador atribuye responsabilidad a la persona jurídica siempre que se haya llevado a la cabo la conducta con el propósito de obtener un beneficio o ésta sea susceptible de generar el beneficio, sin que el beneficio efectivamente obtenido sea un elemento constitutivo del tipo (FGE Circ 1/2016).

**d)** Además, éste **beneficio no** tiene por qué interpretarse en sentido **puramente económico**; es obvio que si de la conducta típica puede apreciarse un mayor ingreso o un menor coste para la empresa, el beneficio será indiscutible pero también cabrá apreciar la responsabilidad cuando se trata de un **beneficio reputacional** o de índole meramente institucional; en ambos casos, con una mejor reputación o unas relaciones institucionales más consolidadas, el beneficio económico también es previsible que aflore si bien en un segundo momento.

**934 e)** La conducta ha de realizarse por los **representantes legales** o por quienes, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma. Se trata de un requisito íntimamente vinculado al primero, toda vez que la condición de actuar en nombre o por cuenta de la entidad viene determinada por la capacidad de la persona física actuante de vincular su actividad con la persona jurídica por ser su representante legal o por estar autorizada para tomar decisiones en su nombre u ostenten facultades de organización y control en su seno. Para que los terceros con quienes actúa la persona física confíen en que ésta lo hace en nombre o por cuenta de aquélla debe haber un **vínculo formal** que el Código Penal concibe de dos **modos** genéricos:

- La representación legal, entendiendo por tal la que asignen las normas determinantes del régimen jurídico aplicable a la persona jurídica de que se trate. El ejemplo paradigmático es el **consejero delegado** o el **administrador solidario** de una sociedad mercantil.
- La **representación voluntaria** conferida a determinadas personas, ya sea a título individual o como miembros de un órgano colegiado de la persona jurídica. Este supuesto, por exclusión del anterior, exige la existencia de un acuerdo de representación o delegación de facultades en favor de una o varias personas, ya sea a título individual, ya sea por formar parte de un órgano colegiado. El supuesto más característico será el de los consejeros a quienes el propio consejo autoriza a actuar en nombre y por cuenta de la entidad, ya sea con carácter general, ya lo sea para actuaciones o decisiones concretas; lo mismo cabe predicar respecto de los patronos y el patronato de las fundaciones. En el caso de que las facultades de delegación provengan

de órganos colegiados, éstos podrán ser de existencia legal o no, necesaria o no; lo importante es que el órgano colegiado exista y que éste tenga facultades de representación y actuación en nombre y por cuenta de la persona jurídica que a su vez haya delegada en uno o varios de sus miembros.

934.1

- El mero hecho de **ostentar facultades de organización y control** dentro de la persona jurídica. Se trata de un supuesto muy informal, ajeno a cualquier fórmula de representación o delegación de facultades y que está diseñado para vincular a la persona jurídica a efectos de determinar su responsabilidad criminal a quienes tienen facultades de organización y control en su seno. El supuesto de hecho está redactado de forma tan amplia que cubre **supuestos difícilmente abarcables a priori**. En todo caso, el legislador ha querido incluir todos aquellos modos de actuación en nombre o por cuenta de una persona jurídica sin más título que la prevalencia de las facultades de organización y control resultantes de ocupar una posición determinada en la estructura jerárquica o en el cuadro directivo de la entidad. Por ello, no será suficiente la actuación de cualquiera que forme parte de la plantilla de la persona jurídica; debe tratarse de alguien que ocupe una **posición relevante o visible ad extra** que genere la suficiente confianza con terceros como para que, sin tener facultad alguna de representación, sin embargo sí tenga un título, un cargo o una posición jerárquica en la entidad como para que los terceros confíen en que es la esfera patrimonial o institucional de la persona jurídica la que participa en la transacción o conducta de que se trate. Las consideraciones anteriores guardan relación con el concepto tradicional del **factor mercantil** a quien los usos de comercio, admitidos como fuente del derecho mercantil, atribuyen la capacidad de vincular al comerciante aun cuando no haya atribución formal de facultades de representación y todo ello por el mero hecho de ofrecer una apariencia que genera confianza en el tráfico. A efectos de determinar la responsabilidad criminal de la persona jurídica, el Código Penal reconoce que el mero hecho de tener una posición relevante en el organigrama de una entidad puede dar lugar a que haya terceros que contraten con ella en el entendimiento de que es la persona jurídica la que va a recibir los efectos de dicha contratación. No cabe duda que debe actuarse advirtiendo o haciendo explícita ante los terceros la **posición funcional o jerárquica** de la persona física en la empresa para atribuir responsabilidad criminal a esta última. Sin que haya esta exteriorización frente a los terceros no debería imputarse responsable a entidad. No exige el Código Penal una posición o rango determinado sino que deja abierta la interpretación que haya de darse de modo que cualquier ubicación dentro de la empresa o entidad que pueda generar la confianza de terceros de que la conducta del individuo puede imputarse directa o indirectamente al patrimonio o esfera de ésta, será suficiente para atribuirle responsabilidad criminal.

- No se refiere el Código a la figura del **administrador de hecho**, figura que debe entenderse capaz de generar responsabilidad penal para la persona jurídica si actúa por cuenta de la sociedad y en su beneficio y está autorizada para tomar decisiones, a pesar de no ser representante legal o voluntario ni ostentar facultades de administración y control en su seno.

### 935 Delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales por sujetos sometidos a la autoridad

(CP art.31 bis.1.b)

Ha de tratarse de delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el nº 933, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los **deberes de supervisión, vigilancia y control** de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Los **presupuestos** anteriores han de analizarse por separado:

**a)** Los delitos deben haberse cometido en el ejercicio de actividades sociales. El criterio que más seguridad jurídica ofrece para interpretar este requisito guarda **relación con el objeto social**: cualquier conducta que guarde relación con el objeto social o con el propósito de la entidad -ya sea de configuración legal o por determinación en unos estatutos, acuerdo fundacional o acto constitutivo- será susceptible de generar responsabilidad criminal para la propia entidad bajo este presupuesto.

Esta consideración debe conducir a entender que, *a sensu contrario*, cuando se trata de actividades, negocios o actos del tráfico empresarial o institucional que no guardan relación con el objeto social, no cabe predicar la responsabilidad penal de la persona jurídica. A pesar de ello, no parece razonable hacer depender la responsabilidad penal de que los terceros conozcan con detalle la descripción del objeto social, del fin fundacional o del objeto estatutario de la entidad; por ello, cuando razonablemente pueda entenderse que los **terceros celebran contratos o negocios** con una persona física que actúa por cuenta de una persona jurídica en el desarrollo de actividades o negocios que razonablemente guardan una relación con la actividad cotidiana que desempeña la entidad, con el sector al que dedica su quehacer o con el ámbito empresarial o institucional en el que su nombre comercial o las marcas con las que interviene pueden relacionarse, con independencia de que tal actividad esté contemplada en los estatutos o en el fin de la entidad de que se trate, cabrá imputar responsabilidad penal a dicha entidad.

**b)** El **delito** debe haberse **cometido por cuenta de la persona jurídica**. Se trata de un requisito cuyo deslinde respecto de otros que enuncia el precepto puede plantear problemas en la práctica, sobre todo si lo relacionamos con el hecho de que la actuación debe hacerse en beneficio directo o indirecto de la entidad.

Desde el punto de vista teórico, existe la posibilidad de que no se actúe formalmente por cuenta de una entidad y sin embargo sí se haga en su beneficio directo o indirecto. Por ejemplo, cuando se interpone un **tercero actuándose por su cuenta** pero se persigue un resultado que beneficia indirectamente a una entidad. En este supuesto, cabría defender que no hay responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo beneficio final se actúa puesto que no se cumpliría el requisito impuesto por el Código al exigir que se actúe por cuenta de aquella entidad a quien se le imputa la responsabilidad criminal.

936 c) La actuación debe perseguir un **beneficio directo o indirecto** de la persona jurídica. El beneficio no tiene por qué ser económico (incremento de ingresos o disminución de costes) sino que puede haberse realizado los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Ser meramente reputacional, mediático, meramente institucional o de índole social.

d) La conducta debe haber sido **llevada a cabo por personas físicas** que profesionalmente estén bajo la dependencia de quienes, individualmente o como integrantes de un órgano colegiado, actúen como representantes legales o voluntarios o de quienes tengan facultades de organización y control dentro de la entidad. La cuestión que ha de plantearse es si dicha **dependencia** debe ser directa o inmediata o cabe una dependencia mediata, indirecta o a través de un tercero. La respuesta debe ser negativa en el sentido de que si se acepta que la relación de dependencia sea indirecta o a través de terceros, entonces cualquier persona física puede comprometer criminalmente a la persona jurídica puesto que no será difícil encontrar vínculos de dependencia indirecta a través de terceros. Parece que el Código Penal exige una relación de dependencia directa puesto que, de no haber querido que fuera así, no habría impuesto este requisito. La FGE Circ 1/2016 incluye entre las personas que contempla el CP art.31 bis.1.b a los **autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales**, siempre que se hallen integrados en el perímetro del dominio social de la empresa por cuenta y en beneficio de quien se actúa.

e) En todo caso, la conducta criminal debe haberse podido realizar intermediando un **incumplimiento grave** por aquellos de quienes dependen directamente los autores del delito, en relación con los **deberes de supervisión, vigilancia y control** de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Quizás sea este inciso el más relevante dentro de esta fórmula de imputación de responsabilidad penal para la persona jurídica. Lo verdaderamente determinante de la responsabilidad penal de la entidad es que no haya habido los controles indispensables en su seno para que una o varias personas físicas que no forman parte de sus órganos de gestión o representación *ad extra* puedan llegar a cometer un delito por cuenta y en beneficio de la entidad. Es aquí donde se observa cómo el legislador lo que busca es la implantación de **metodologías y planes de prevención** para evitar conductas criminales en las que se pueda ver envuelta la persona jurídica; este propósito es tan intenso que llega incluso a sancionar criminalmente el incumplimiento de los deberes mínimos de supervisión, vigilancia y control.

A pesar de ello, el **incumplimiento** debe ser grave o, lo que es lo mismo, no cualquier inobservancia es capaz de generar la responsabilidad penal de la entidad; debe tratarse de la inobservancia de una diligencia razonable que ha de desplegarse para la evitación de determinadas conductas que involucran a la persona jurídica. Lógicamente, la gravedad del incumplimiento ha de ponerse en consonancia con la referencia a que deben ser tenidas en cuenta las concretas circunstancias del caso.

La interpretación de este inciso quizás exija poner la atención en la persona física que comete la acción u omisión típica: si la **diligencia** desplegada para superar los obstáculos que los planes de prevención de delitos que la entidad tiene aprobados es especialmente cualificada, de manera que se demuestra una conducta especialmente tenaz o perspicaz, frente a la que difícilmente puede oponerse una planificación con fines preventivos, no cabrá predicar la responsabilidad penal de la entidad.

Si, por el contrario, la **planificación preventiva** es **débil**, de forma que cualquier persona puede escapar a los controles establecidos y actuar criminalmente por cuenta y en beneficio de la entidad, entonces sí cabrá imputar la responsabilidad criminal a la propia entidad. El hecho de que el Código aluda a las concretas circunstancias del caso impide que pueda hablarse de una metodología genérica para las personas jurídicas, incluso si ésta tiene en cuenta el tipo de entidad, la geografía en la que actúa o el sector en el que despliega su actividad.

La adaptación a las concretas circunstancias del caso -como luego se verá al hablar de los planes de prevención de delitos como circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal (nº 950 s.)- exige la **definición previa de los riesgos** en los que puede incurrir el personal de la entidad y cometer conductas criminales por cuenta y en beneficio de ésta, pero teniendo en cuenta en todo momento la actividad concreta que desarrolla la entidad («mapa de riesgos»).

### 936.2 Teorías explicativas de la responsabilidad penal

(CP art.31 bis.1.a y b)

Admitiendo la responsabilidad penal de las personas morales, caben a su vez dos teorías que explican su naturaleza jurídica:

a) La llamada **responsabilidad vicarial**, indirecta o por transferencia, por virtud de la cual, la responsabilidad penal de la persona jurídica es derivativa y la recibe directamente de la persona física que comete la acción típica (vicario). No cabe concebir por tanto una responsabilidad autónoma en la persona jurídica frente al derecho penal sino que ésta es siempre trasladable respecto de la persona individual todo ello en la medida en que la persona moral es una construcción artificial del derecho, al igual que el mero hecho de admitir que la persona moral pueda delinquir. Esta tesis choca en cierta forma con un problema práctico que no es otro que la extensión de los efectos de la interdicción del **principio «non bis in ídem»**: dado que la responsabilidad de la entidad es una mera proyección de la de la persona física -que es quien de verdad actúa- hay un amplio campo de coincidencia entre la pena aplicable a una y otra, lo que dificulta la aplicación práctica de las medidas criminales dirigidas frente a personas jurídicas.

b) La denominada **teoría de la heterorresponsabilidad**, que predica que existe un sustrato de responsabilidad criminal en la persona jurídica distinto del de la persona física a través de la cual ésta actúa. El tipo infractor no es coincidente con el aplicable a la persona física que actúa por cuenta y en beneficio de la persona física sino que se cualifica y modula por el hecho de no contar la persona jurídica con unos criterios y controles organizativos que impidan que intervenga cometiendo conductas ilícitas en el mercado. A esta **culpabilidad** también se le denomina **«por defecto de organización»**. La crítica que se viene haciendo a esta tesis es su proximidad a las teorías meramente objetivas de la responsabilidad penal, en la medida en que contraviene la construcción secular subjetiva de la culpabilidad del sujeto a quien se le exige responsabilidad desde el punto de vista penal.

937 A la luz del precepto referenciado, parece que el legislador ha optado por la **tesis «vicarista»** en la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El apartado a) (nº 933 s. ) exige claramente la **intervención de un apoderado legal o voluntario** o un miembro de la estructura de organización y control de la entidad, es decir, de un vicario (persona física) que actúe; además, la existencia de un plan de prevención de delitos actúa como circunstancia eximente de responsabilidad y no como un elemento constitutivo del tipo. .

El apartado b) (nº 935 s. ) parece estar apoyando en la misma fundamentación al exigir que haya una **persona física dependiente** de cualquiera de los anteriormente mencionados y que actúa por cuenta y en beneficio de la entidad. No obstante, esta tesis no es tan absoluta pues el Código también incluye como elemento determinante del tipo el hecho de haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Aun cuando siga refiriéndose a un incumplimiento de deberes residenciados en personas concretas (las mencionadas en el apartado a), sin embargo parece dar cabida a la existencia de una **organización defectuosa** en el seno de la entidad como factor que necesariamente ha de darse para el nacimiento de la responsabilidad penal. Es decir, podría decirse que la reforma operada por la LO 1/2015 ha dado entrada, aunque sea muy limitadamente, a la **tesis de la heterorresponsabilidad**.

**Otros factores** en los que se atisba la doctrina de la heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica en el régimen actual plasmado en nuestro derecho positivo son los siguientes:

- a) La responsabilidad de la persona jurídica no dependen de la **previa declaración de responsabilidad** penal de la **persona física**.
- b) Cabe que **no se llegue a identificar** o que resulte imposible dirigir el procedimiento contra la **persona física** que cometa el delito y, a pesar de ello, la responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste (nº 915 s. ; CP art.31 ter.1 ).
- c) Las **circunstancias agravantes y atenuantes** que afectan a la culpabilidad de la persona física no son las mismas que las que afectan a la persona jurídica; cabe exigir plena responsabilidad a una y no a la otra y viceversa.
- d) La **configuración de los PPD** como circunstancia eximente de responsabilidad criminal para la persona jurídica no tiene aplicación alguna en el ámbito de la responsabilidad de la persona física.
- e) El **sistema de penas** y sus reglas de aplicación así como las circunstancias modificativas son específicos de la persona jurídica (aun cuando el CP art.31 ter establece una cierta ligazón entre la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física mediante reglas de compensación).

938

#### Precisiones

1) Durante la **tramitación parlamentaria** se suprimió la propuesta que incorporaba el Proyecto de Ley de añadir al CP art.286 un apartado 6 que acogía con mayor amplitud la tesis de la responsabilidad penal originaria de la persona jurídica (**heterorresponsabilidad**) al definir como conducta típica la ausencia de la diligencia necesaria dentro de la entidad-incluyendo las que carecen de personalidad- para evitar la incursión en conductas peligrosas tipificadas como delito. Dicho apartado rezaba literalmente del siguiente modo:

*«1. Será castigado con pena de prisión de 3 meses a un año o multa de 12 a 24 meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a 2 años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para*



evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de 3 a 6 meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.»

2) La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se decanta con toda nitidez por la **teoría vicarista**. Las pocas sentencias dictadas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas mantienen una ligazón total y unívoca entre la responsabilidad de la persona física que comete el delito y la de la persona jurídica a quien también se le imputa la consiguiente responsabilidad.

Así, el Tribunal Supremo estimó un recurso de casación por entender que no había **prueba suficiente** para soportar la condena. Se trataba de un supuesto delito de estafa cometido por el administrador de una sociedad que transmitió un negocio sin tener capacidad para ello cobrando una cantidad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid condenó al administrador y a la sociedad por delito de estafa. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación absolviendo a los condenados y, respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, determinó expresamente que la **absolución** de la persona física debe conducir también a la absolución de la persona jurídica en la medida en que «cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal» ( TS 2-9-15, EDJ 161457 ).

En la sentencia de referencia, sin embargo, el Tribunal Supremo aplicó los principios penales de las personas físicas a la persona jurídica y afirmó, respecto a la acreditación de la eficacia de los **modelos de «corporate defence»** que «si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión lo que no puede sostenerse es que esa actuación» ( TS 29-2-16, EDJ 10795 ).

La sentencia confirma la doctrina sentada en la sentencia anterior, **no** pudiendo existir un **tratamiento diferenciado** en función de si la persona es física o jurídica («el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido -al Ministerio Fiscal- para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria una persona física»; «en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión» ( TS 16-3-16, EDJ 18524 ).

## 2. Personas jurídicas exentas de responsabilidad criminal

---

940 El Código diferencia entre entidades a quienes por razones subjetivas (o, lo que es lo mismo, por el interés general que justifica su existencia) no cabe exigir responsabilidad penal (**exenciones subjetivas**) de aquéllas a quienes, por motivos de índole objetivo basados en criterios de política criminal (es decir, para reducir la criminalidad), bajo ciertos requisitos, declara exentas de responsabilidad (**exenciones objetivas**).

Dentro de las exenciones subjetivas cabe a su vez distinguir dos supuestos de exención, absoluta y relativa

### a. Exención absoluta

(CP art.31 quinquies pfo.1º)

941 El Código Penal enumera una serie de entidades que, bajo ningún concepto, pueden resultar criminalmente responsables. Se trata de **personas jurídico públicas** de las que, por razones de política criminal, no cabe predicar su responsabilidad criminal.

Tales personas jurídicas son las siguientes:

#### 941.2 Estado y Administraciones públicas territoriales e institucionales

1. En principio no deben plantearse problemas prácticos a la hora de aplicar esta excepción al Estado si bien debe entenderse hecha la mención a la personificación interna del Estado que es la Administración General del Estado quien tiene personalidad jurídica única ( L 40/2015 ) y actúa a través de la Administración central (presidencia del Gobierno, departamentos ministeriales y servicios comunes), la denominada organización territorial o Administración periférica (delegaciones y subdelegaciones del Gobierno) y la Administración exterior del Estado (embajadas en terceros países y misiones permanentes ante organizaciones internacionales).

Cualquier **entidad, sociedad o ente con personalidad jurídica propia** queda fuera de la exención referida al Estado por lo que para que pueda en su caso ser considerada igualmente exenta de responsabilidad debe quedar amparada por otra excepción expresa.

2. Las Administraciones públicas territoriales son aquéllas en las que el territorio es un elemento fundamental para el eficaz despliegue de sus potestades. Cuando el Código Penal se refiere a las Administraciones territoriales, lo hace a la Administración de las **comunidades autónomas** que gozan de personalidad jurídica única y que, normalmente, se organizan en torno a consejerías y presidencia de la respectiva comunidad. Asimismo, se refiere a la Administración de las **corporaciones locales**, siendo éstas los municipios, las provincias y las islas; esto implica que la exención debe predicarse de los ayuntamientos, las diputaciones provinciales, los cabildos (Canarias) y los consejos insulares (Baleares).

942 3. Las **Administraciones públicas institucionales**. Nada se dice en el Código Penal sobre cuáles sean tales administraciones. Realmente, no tiene por qué hacerlo ya que se trata de una ley penal que debe rellenarse con contenidos tomados de las leyes administrativas.

La L 40/2015, del régimen jurídico del sector público, ha establecido una nueva sistematización de las figuras hasta ahora integrantes de la denominada Administración institucional del Estado al disponer que el **sector público institucional** se integra por ( L 40/2015 art.2.2 ):

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas.

c) Las Universidades públicas.

Por su parte, en lo que atañe al sector público institucional **estatal** (dejando ahora al margen al sector institucional dependiente de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales), este está integrado por los siguientes tipos de entidades ( L 40/2015 art.2.2 y 84 ):

Los **organismos públicos** vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, que a su vez se distinguen en:

a) **Organismos autónomos**: son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía en su gestión, que desarrollan actividades propias de la Administración pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta (un ejemplo lo encontramos en el Centro de Investigaciones Sociológicas-CIS, dependiente de la Presidencia del Gobierno).

b) **Entidades públicas empresariales**: son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio y autonomía de gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto al ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, que son susceptibles de contraprestación (p.e. el Administrador de Infraestructuras ferroviarias-ADIF-, dependiente del Ministerio de Fomento).

c) Las **autoridades administrativas independientes** (p.e. el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, al que la L 40/2015 disp.adic.20ª atribuye ese carácter).

d) Las **sociedades mercantiles** estatales (p.e. la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos S.A.-ENRUSA- dependiente del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo).

e) Los **consorcios** (p.e. el Consorcio Casa Sefarad-Israel, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación).

f) Las **fundaciones del sector público** (p.e. la Fundación de los Ferrocarriles Españoles, dependiente del Ministerio de Fomento.)

g) Los **fondos sin personalidad jurídica**(p.e. el Fondo para el Aseguramiento Colectivo de los Cooperantes, que está adscrito al Ministerio de Asuntos Exteriores, Europea y Cooperación).

h) Las **universidades públicas** no transferidas.

En términos generales, bajo la genérica denominación de **Administración institucional** se encuentran los entes que presentan las siguientes **notas**:

a) Tienen personalidad jurídica diferenciada.

b) Son entes no territoriales, es decir, el territorio no constituye en ellos un elemento esencial, aunque evidentemente puede limitar el ámbito de su actuación.

c) Se encuentran sometidos a una Administración territorial (que se encuentran «vinculadas o dependientes» - L 40/2015 -) siendo esta sumisión una nota esencial de los mismos.

d) Se crean según el principio de la especialidad: pueden perseguir uno o varios fines específicamente determinados.

e) Constituyen un *numerus apertus*, frente al *numerus clausus* que caracteriza a los entes territoriales.

#### 944 Organismos reguladores

(CP art.31 quinquies)

Constituyen una categoría particular de Administración institucional caracterizada por su significativo nivel de independencia frente a la correspondiente Administración territorial. La L 2/2011, de economía sostenible, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico un marco horizontal común a los organismos reguladores, hasta entonces inexistente, considerando como tales la **Comisión Nacional de Energía**, la **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**, la **Comisión Nacional del Sector Postal** y, tras la L 3/2011, de regulación del juego, la **Comisión Nacional del Juego**, declarando aplicables buena parte de sus preceptos a la **Comisión Nacional de la Competencia**, excluyendo, por tanto, los organismos vinculados al ámbito financiero, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que deberán adecuarse a las reglas resultantes del proceso de discusión sobre su régimen que se desarrolla en el ámbito internacional y europeo.

Posteriormente, la L 3/2013, creó la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** y, por razones de eficacia, de economía y otras, refundió en su seno muchos de los organismos reguladores existentes, agrupando las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Se establece un **plazo de adaptación** a la ley de referencia de 3 años para todas las entidades y organismos que integran el sector público (incluidos, por tanto, los organismos reguladores (L 40/2015 disp adic.4ª)).

#### 945 Agencias y entidades públicas empresariales

Las agencias estatales vienen todavía reguladas por L 28/2006 (derogada por L 40/2015, que sin embargo, prevé que surta **efectos transitorios** hasta 2-10-2019) como entes con personificación jurídica pública y patrimonio propios y sometimiento a su estatuto y, supletoriamente, a las normas aplicables a las entidades de derecho público que les sean de aplicación, con **adscripción** a los distintos ministerios en cuya estructura orgánica figuran.

Las entidades públicas empresariales se **incluyen** expresamente dentro de la relación de entidades que conforman la Administración pública institucional.

#### 945.2 Organizaciones internacionales de Derecho público

Aunque la expresión organizaciones internacionales de Derecho público no es muy precisa, ha de interpretarse que el precepto se está aquí refiriendo a las organizaciones internacionales intergubernamentales, sujetos a Derecho internacional, que están integradas únicamente por **miembros intergubernamentales** (de Derecho público en este sentido), y están sometidas a la responsabilidad internacional y no a la civil o penal.

#### 945.5 Organizaciones que ejercen potestades públicas de soberanía

Por lo que se refiere al ejercicio de potestades de soberanía, con el fin de reforzar la protección de los Estados por parte del Derecho internacional, se requiere que los propios Estados abandonen parte de su independencia en la **organización internacional**. Las necesidades sociales y económicas conducen a ello, pero no se puede ir demasiado lejos en este terreno si paralelamente no aumenta el grado de solidaridad en la comunidad internacional.

En la **Sociedad de Naciones**, la cesión de soberanía era mínima; si bien los miembros de la Sociedad de Naciones no habían enajenado su soberanía, en cambio habían aceptado una cierta limitación de su ejercicio. La Sociedad estaba articulada sobre la base de la **cooperación internacional** entre los Estados; de aquí el criterio de unanimidad requerido para adoptar la casi totalidad de las decisiones.

La **reserva de la competencia doméstica** va a ser jurídicamente consagrada en el Pacto de la Sociedad de Naciones art.15-8.0: «Si alguna de las partes lo alega y el Consejo reconoce que el conflicto recae sobre una cuestión que el Derecho internacional deja a la competencia exclusiva de dicha parte, el Consejo lo hará constar y no recomendará ninguna solución».

Con la O.N.U. se va más allá del mero intento de cooperación internacional entre los Estados y se establecen los principios de un gobierno mundial, en los asuntos que afectan a la paz y a la seguridad internacional. Así, los miembros de la O.N.U. «confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad principal para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en su nombre» (Pacto de la Sociedad de

Naciones art.24); y «los miembros de la Organización convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad» (Pacto de la Sociedad de Naciones art.25).

El **Consejo de Seguridad** tiene, por tanto, libertad de acción en los casos de amenaza contra la paz, ruptura de paz o actos de agresión (capítulo VII de la Carta) y sus decisiones son vinculantes para los Estados miembros. Según Waldock, para los Estados que no tienen un puesto permanente en el Consejo de Seguridad -es decir, para la mayoría de los Estados-, estas disposiciones suponen un abandono puro y simple de su soberanía en una organización supranacional. Sin entrar ahora en las atribuciones de ciertas **agencias especializadas de la O.N.U.**, como son la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y la Organización Internacional de Aviación Civil (OIA), respecto a la adopción de Convenios, Reglamentos de medidas sanitarias y cuarentenas y Reglamentos Técnicos, respectivamente, el ejemplo más acabado de potestades de soberanía lo encontramos en las Comunidades Europeas, que suponen una verdadera limitación de la soberanía de los Estados al producirse la injerencia de la comunidad supranacional en el clásico reducto de la competencia doméstica de los Estados, injerencia consentida por éstos mediante la delegación en los órganos de la Comunidad de algunos de sus atributos soberanos.

La **regla general** señala que cuando los tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los estados miembros en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión ( Tratado FUE art.3 ), enumerando los ámbitos en que la Unión tiene competencia exclusiva. Hay que recordar que una de las tendencias más importantes recogidas por las Constituciones modernas, ha sido la posibilidad del *transfert de compétences* a una organización internacional.

### b. Exenciones relativas

946 A las **sociedades mercantiles públicas** sólo podrá imponerse pena de multa o intervención judicial, salvo que hayan sido creadas para eludir la responsabilidad penal. La exención relativa incluye todo tipo de sociedades mercantiles públicas, con independencia de que su accionista único o mayoritario sea el Estado, las comunidades autónomas o las corporaciones locales. La exención tiene su **fundamento** en el interés social que persiguen las sociedades mercantiles públicas, lo que justifica que pueda dirigirse un proceso penal contra ellas si bien con alcance limitado en cuanto a la pena (multa e intervención judicial).

Cuesta, sin embargo, imaginar que una sociedad mercantil pública **haya sido creada** para eludir la responsabilidad penal. La razón de esta aseveración descansa en los controles previos preceptivos que han de darse para que pueda crearse una sociedad mercantil pública. Por ejemplo, tratándose de sociedades mercantiles estatales, se establece que la creación de una sociedad mercantil estatal será autorizada mediante acuerdo del Consejo de Ministros por lo que cuesta creer que haya connivencia para la perpetración de delitos y eludir la responsabilidad de la persona jurídica del órgano que autoriza la creación de una sociedad mercantil pública ( L 40/2015 art.114 ) .

### 3. Reglas especiales de exención objetiva: planes de prevención de delitos (PPD)

---

950 Uno de los principales rasgos de la reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas operada por la LO 1/2015 , consiste en dotar de **mayor seguridad jurídica** al régimen de exenciones y atenuantes de la responsabilidad previstos en la regulación anterior.

La reforma ha incorporado **mayor certeza y previsibilidad** a los llamados planes de prevención de delitos (en adelante, PPD). Se han precisado con mayor detalle los elementos y requisitos que debe reunir un PPD aprobado por una entidad para provocar el efecto de eliminar su responsabilidad criminal; se erige de este modo la existencia de un PPD como un factor para que ni siquiera pueda seguirse una causa criminal contra la persona jurídica. Si el PPD existe pero no puede ofrecerse certeza de que en él concurran los presupuestos exigidos por el Código Penal, no podrá oponerse esta circunstancia como obstáculo de procedibilidad contra la entidad y habrá que tratar sus efectos llegando inclusive hasta el juicio oral para dilucidarse en la sentencia si el PPD existente determina la **exención de responsabilidad penal**, su efecto como **atenuante** de la pena o si ni siquiera tiene uno u otro efecto. La importancia que el legislador ha depositado en los PPD es una buena muestra del propósito que persigue con la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y éste no es otro que incorporar una metodología preventiva para evitar la comisión de delitos en los que estén involucradas las personas jurídicas, sin duda, para con ello reducir el número de delitos que se cometen.

No cabe duda que hoy en día los **delitos económicos** se cometen con la intermediación de las empresas y entidades que participan en los distintos sectores de la economía. Admitir -como ha hecho el legislador español- la responsabilidad criminal para las empresas (entendiendo este concepto en su significado más amplio) supone por tanto «mirar de frente» a la realidad. La casuística actual nos dice que la persona jurídica interviene en un número

muy significativo de conductas delictivas; a través de las empresas se tratan de ocultar conductas individuales para huir de los efectos y las consecuencias de los delitos.

Es por este motivo por el que legislador ha puesto su centro de atención en las empresas y ha tomado una decisión consistente en incentivar la adopción de **metodologías** que hagan difícil la utilización de personas jurídicas para facilitar la **perpetración de conductas delictivas** y evitar sus consecuencias. El **incentivo** consiste en eliminar con cierta rotundidad la responsabilidad criminal si se adoptan las medidas necesarias para hacer difícil que éstas puedan participar y beneficiarse de los delitos.

Se trata de que la involucración de la persona jurídica en la comisión de un delito y el acogimiento a sus efectos se muestre como un accidente o, lo que es lo mismo, que la diligencia empleada por quienes se saltan los controles que los PPD establecen sea tan cualificada que no haya medidas razonables para evitar el delito.

En definitiva, lo que pretende el legislador es la **generalización de los PPD** en todo tipo de empresas y entidades intervinientes en el tráfico, lo que debe redundar en una menor delincuencia económica.

#### a. Responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos

952 La reforma del Código Penal operada por la LO 7/2012 introdujo la responsabilidad criminal de dichas entidades si bien con las siguientes **particularidades** (FGE Circ 1/2016 :

- la responsabilidad de los partidos políticos y sindicatos es **plenamente admisible** extendiéndose ésta a sus fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados;
- se impone expresamente a los partidos políticos la **adopción de planes de prevención de delitos** ( LO 8/2007 art.9 bis ); y
- las penas de **disolución y suspensión judicial** han de aplicarse de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III de la LO 6/2002 .

#### b. Supuestos de exención objetiva previstos en el Código Penal

955 El Código distingue los requisitos objetivos para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas por **delitos cometidos** en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto, del siguiente modo:

- a) Cuando se cometen **por sus representantes legales** o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma ( CP art.31 bis.1.a ).
- b) Cuando se trata de delitos cometidos **en el ejercicio de actividades sociales** por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso ( CP art.31 bis.1.b ).

#### c. Requisitos para aplicar la exención a los sujetos con facultades de organización y control

(CP art.31 bis.1.a)

960 El Código distingue los requisitos aplicables para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto, por sus **representantes legales** o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma ( CP art.31 bis.1.a ) respecto de los aplicables cuando se trata de delitos cometidos.

#### 961 Régimen general

(CP art.31 bis.2)

Si el delito se comete por las personas indicadas en la letra a) de su apartado primero (nº 960 ), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes **condiciones**:

**A)** El órgano de administración debe adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, **modelos de organización y gestión** que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. La figura a la que alude el Código bajo este apartado son los denominados **planes de prevención de delitos**.

El Código exige que el PPD haya sido **aprobado** por el órgano de administración de la entidad (administrador único, administradores mancomunados, consejo de administración, órgano rector, patronato, etc).

El legislador, consciente de las limitaciones de las entidades para evitar la comisión de delitos, permite aplicar la **exención** incluso cuando las medidas contempladas en el PPD van dirigidas a reducir de forma significativa el riesgo de comisión del delito de que se trate.

Aun cuando el Código no lo exija, no basta con la mera aprobación de las políticas, contenidas en los PPD, la diligencia de un ordenado empresario exige que además se adopten **medidas** que respondan a un plan previamente diseñado y acorde con las circunstancias de la entidad en dos campos fundamentales:

a) El de la **comunicación interna**: sin que el PPD sea divulgado y comunicado adecuadamente en el seno de la entidad, de poco sirve la aprobación del Plan en sí mismo.

b) El de la **formación**: la comunicación requiere un refuerzo con cada persona de la entidad, sea empleado -directivo o no-, sea mero representante (por ejemplo, los agentes) para que ésta tenga pleno conocimiento del porqué de la aprobación del PPD, de las medidas que contempla, de las particularidades con las que se le aplica a quienes tengan una intervención crítica o decisiva en la actividad cotidiana de la entidad que más riesgo de cometer determinadas actividades delictivas entrañe. Esta formación exige no sólo metodologías de implantación más o menos próximas a la fecha en la que el PPD se apruebe sino con carácter continuado en el tiempo de forma que razonablemente quepa esperar que, dada la intensidad con la que se instruye acerca del PPD a los administradores, empleados y demás personal que actúa por cuenta de la entidad, éstos tienen pleno conocimiento en cada momento de lo que deben hacer y no hacer para evitar la perpetración de delitos de los que puede resultar responsable la persona jurídica.

c) Por último, tanto la comunicación como la formación deben ser adaptadas a las **circunstancias personales** de sus **destinatarios**. Esta adaptación no requiere una actividad específica para cada persona física pudiendo agruparse la iniciativas de comunicación y formación en función del grado jerárquico, la localización geográfica, el nivel de responsabilidad, la actividad que se presta, el nivel de riesgo del desempeño profesional u otro criterio objetivo que sirva para clasificar al personal y organizar de manera eficiente y razonable la comunicación y, sobre todo, la formación en los contenidos del PPD que en cada momento se tenga en vigor.

962 Además de los presupuestos anteriores, se establecen una serie de **requisitos objetivos** que se configuran a modo de elementos que debe reunir un PPD para que surta los efectos de eximir de responsabilidad criminal para la persona jurídica ( CP art.31 bis.5 ):

962.1 1º. Deben identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Este elemento objetivo de todo PPD se denomina comúnmente «**mapa de riesgos**» que no es otra cosa que la identificación de las actividades desplegadas por la entidad junto con la descripción de las conductas típicas de las que puede responder criminalmente la persona jurídica que más se aproximan a dichas actividades. La intersección de unas y otras arrojar como resultado la identificación de los riesgos de incurrir en supuestos de responsabilidad criminal.

Además, tal descripción suele acompañarse de un **orden gradual** que, normalmente, atiende a dos criterios: de un lado, la probabilidad de incurrir en dichas conductas; de otro, la gravedad de las consecuencias asociadas a cada una de ellas. De este modo se logra asociar conductas a riesgos de incurrir en responsabilidad de forma ordenada.

El **objetivo** que se persigue con esta metodología consiste en reclamar la atención de la entidad de forma proporcional a la probabilidad de incurrir en responsabilidad así como de las consecuencias asociadas a la perpetración de dichos delitos. De este modo, la entidad puede desplegar mayor diligencia, recursos y tiempo en prevenir las conductas cuya comisión es más probable o sus efectos más perjudiciales.

Como es lógico, la confección del denominado «mapa de riesgos» exige un profundo **conocimiento de la entidad**; no basta con el examen más o menos formal de su objeto social. Cuando interviene en diseño o en la propuesta de un PPD un tercero, son precisas entrevistas con las personas que mejor conocen las actividades sociales; si éstas se despliegan en diferentes sectores o geografías, ha de accederse a las personas que mejor conocen cada una de las ramas de actividad; no basta, por otro lado, con la entrevista a las personas responsables de la actividad comercial, también ha de interactuarse con los responsables de las áreas de soporte o apoyo al negocio. Del mismo modo, no sólo debe procurarse el acceso a una categoría determinada de personas sino a quienes verdaderamente puedan ofrecer un conocimiento de la actividad para así analizar su proximidad a conductas delictivas y posteriormente poder aprobarse las medidas preventivas tendentes a evitar incurrir en ellas.

962.2 2º. Los PPD deben a su vez establecer los protocolos o procedimientos que concreten el **proceso de formación** de la voluntad de la persona jurídica, lo que incluye el proceso de adopción y de ejecución de decisiones.

Esta mención alude sin duda a la constancia por escrito y a la adopción de metodologías prácticas dirigidas a interferir en los procesos de toma de decisión en el seno de la entidad. Asimismo, pone de manifiesto la importancia de dos **aspectos** fundamentales en su **diseño**:

a) El **orgánico**, en el sentido de que los PPD deben contemplar y adaptarse a la estructura orgánica efectiva y real de la entidad de modo que sigan la secuencia del proceso de toma de decisiones y prevean la toma en consideración de los aspectos relacionados con la prevención de los riesgos penales en los momentos críticos a través de los cuales

se van tomando las decisiones; la información relevante desde el punto de vista de la gestión de los riesgos penales debe llegar a los órganos o unidades de la empresa en el momento oportuno dentro del proceso de toma de decisión (ni antes, porque entonces se corre el riesgo de que no sea tenida en cuenta), ni después (porque se corre el riesgo de que ya sea tarde).

b) El **funcional**, de modo que la forma de hacer valer la información acerca de las situaciones de riesgo ante determinados delitos debe llegar de manera efectiva; desde esta perspectiva, también ha de tenerse en cuenta la organización informal de la entidad así como los canales de comunicación más eficaces y eficientes para trasladar la información.

962.3 **3º.** El Código exige **coherencia** entre el diseño de los planes y su eficaz desenvolvimiento imponiendo el deber de disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

962.4 **4º.** Debe informarse de posibles **riesgos e incumplimientos** al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. En este apartado descansa un soporte crítico en el diseño de los PPD y que no es otro como el conocido como «**canal de denuncia anónima**» o *whistleblowing* en terminología anglosajona. Los PPD exigen la creación de un canal seguro y confidencial por virtud del cual cualquier miembro de la organización pueda denunciar las conductas supuestamente irregulares en que puedan incurrir determinadas personas físicas en nombre y por cuenta de la persona jurídica (*whistleblower*). Sin dicho canal anónimo de denuncias se «tapa» o se deja de ofrecer un vehículo que la práctica ha demostrado que es un verdadero vehículo de conocimiento de las cosas y las conductas que pasan en la empresa.

Para ello, el canal debe cumplir con una serie de **requisitos**:

a) El primero y más importante es el de la **confidencialidad**: debe garantizarse que todo aquel que quiera utilizarlo quede protegido frente a la entidad en su conjunto y muy especialmente frente a los autores de las conductas denunciadas sin que su identidad se desvele. Para ello resulta imprescindible organizar un entorno confidencial de información frente a los propios gestores de los sistemas de comunicación a través de los cuales se materialice el canal de denuncias, muy especialmente cuando se trata de correos electrónicos a los que puede accederse con relativa facilidad desde las áreas centrales de informática de las entidades. La comunicación que se haga en el seno de la empresa o entidad explicando la metodología de lucha y prevención frente a la comisión de delitos económicos debe hacer especial hincapié en generar confianza dentro de la entidad en la confidencialidad del canal; si esto no ocurre, el canal no será utilizado con la intensidad necesaria, lo que redundará en la ineficacia del conjunto del PPD.

El acceso a la **identidad del denunciante** debe mantenerse vedado no sólo impidiendo a terceros distintos del responsable de cumplimiento llegar a conocer la autoría de la denuncia a través del medio utilizado para ello sino que el expediente que se cree para tramitar dicha denuncia debe igualmente proteger la identidad del denunciante.

b) Debe ser un canal **fácil de usar**; se trata de favorecer su utilización ante el más mínimo atisbo de sospecha de irregularidades; además de los medios tradicionales (normalmente mediante la remisión de correspondencia más o menos informal) no cabe duda que debe ofrecerse en las entidades de cierta dimensión una dirección correo electrónico, debidamente publicitado en el seno de la organización, a la que dirigirse para hacer llegar las denuncias. No cabe duda que el correo electrónico es hoy en día el canal más rápido, cómodo y accesible para dirigir este tipo de comunicaciones.

c) Las organizaciones complejas deben permitir que **terceros distintos de los empleados** de la entidad que guardan con ella cierta relación continuada en el tiempo puedan igualmente **denunciar** las conductas irregulares de las que puedan ser testigos; quiere ello decir que, en función de la complejidad de la organización, hay veces que será preciso extender a proveedores y clientes la posibilidad de comunicar conductas irregulares en entornos seguros y confidenciales pues sólo los terceros pueden garantizar un sistema eficaz de comunicar posibles conductas irregulares de quienes actúan por cuenta y en beneficio de la empresa o entidad.

962.5 **5º.** Debe establecerse un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Consecuentemente, las entidades que cuenten con códigos de conducta o normas disciplinarias en su seno deben adaptarlas para incorporar infracciones y sanciones que guarden relación con la prevención de la comisión de delitos.

962.6 **6º.** Ha de realizarse una **verificación periódica** del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

963 **B)** La **supervisión** del funcionamiento y del cumplimiento del **modelo de prevención** implantado debe haber sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Es aquí donde aparece el llamado **responsable** de cumplimiento o «**compliance officer**». Se trata de una persona que debe

situarse a la cabeza de un órgano o unidad funcional dentro de la entidad cuyo cometido sea el de prevenir la comisión de delitos por parte del personal que actúa en nombre o por cuenta de la entidad.

#### 963.1 Varias cuestiones pueden predicarse de la **unidad de cumplimiento normativo**:

**1ª. Dimensión.** La unidad de cumplimiento normativo no tiene por qué estar integrada por un número más o menos amplio de personas. Bastará con que tenga una dotación de medios (humanos, materiales, presupuestarios e informáticos) adecuada a la complejidad de la actividad de la entidad. Si ésta opera en distintos sectores de actividad, tendrá que tener especialización en cada uno de ellos, lo mismo que si opera en diferentes geografías; si las diferencias sectoriales o geográficas son significativas, tendrá que contar con especialistas en cada una de ellas.

#### 963.2 **2ª.** Es discutible la **externalización** de la unidad de cumplimiento normativo en lo que tiene que ver con los planes de prevención de delitos y su supervisión y cumplimiento en el ámbito de la persona jurídica. Esta pregunta se hace más razonable si tenemos en cuenta a empresas u otras organizaciones que tienen escasa dimensión, una estructura de costes restringida y una cultura empresarial alejada de las modernas técnicas y metodologías de prevención de riesgos, lo que dificulta su puesta en práctica.

La respuesta no puede ser absolutamente afirmativa; de un lado, no cabe externalizar completamente la **función de prevención de la comisión de delitos**; no obstante, sí es posible delegar parte de las tareas implícitas en un plan de prevención. La delegación o externalización completa de la función implicaría la atribución a un órgano externo de la responsabilidad y de las funciones inherentes a un plan de prevención en su totalidad, cosa que el Código Penal no parece permitir.

Efectivamente, para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad -o, lo que es lo mismo, para que se aplique la eximente de responsabilidad penal-, el Código Penal exige, entre otros requisitos, que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado por el órgano de administración de la persona jurídica haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

Quiere ello decir que la **supervisión** del funcionamiento y el control del plan de prevención **debe encomendarse** a un **órgano interno** de la propia persona jurídica, sin que sea posible encomendárselo a un órgano o entidad externa especializada en este tipo de funciones. No cabe por tanto una delegación similar a la que hacen las entidades financieras con los defensores de los clientes; tampoco cabe organizar un modelo de prevención copiando la estructura de funcionamiento del auditor externo de las cuentas de las sociedades mercantiles pues, caso de hacerse así, simple y llanamente, sería muy dudoso que la eximente pudiera resultar de aplicación. Avala esta tesis -si bien en el ámbito de las sociedades cotizadas- la imposición al órgano de administración del establecimiento de la política de gestión y riesgos de la sociedad y su supervisión con carácter indelegable ( LSC art.529 ter ).

Esta conclusión es aplicable incluso a las entidades y organizaciones de menor dimensión, es decir, a aquéllas que pueden presentar **cuenta de pérdidas y ganancias simplificada**. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que el Código Penal permite que este tipo de entidades puedan asignar la función de supervisión del cumplimiento y el control del plan de prevención al mismo órgano de administración y no a uno especializado como podría ser el responsable de *compliance* o cumplimiento normativo. A tal efecto, dice literalmente el Código que en las personas jurídicas que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el **órgano de administración**, pero bajo ningún concepto se permite que pueda encomendarse a un tercero.

No obstante, el hecho de que no se pueda **delegar la función en su conjunto** en un órgano externo no implica que no puedan subcontratarse aspectos concretos del día a día de la función de supervisión y control del plan de prevención. Una cosa es que el órgano responsable de supervisar y controlar deba ser interno -en el caso de las PYMES el propio órgano de administración- y otra que este órgano no pueda apoyarse en un proveedor externo para desplegar sus funciones.

#### 963.3 En este sentido, siempre que se cumplan los **requisitos técnicos y organizativos** ( CP art.31 bis.5 ), será aplicable la eximente de responsabilidad. De entre tales requisitos, los que más relación guardan con cualquier iniciativa de subcontratación de las labores de apoyo en las funciones de supervisión y control del plan de prevención serían las siguientes:

**a)** Capacidad para supervisar el cumplimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el **proceso de formación** de la voluntad de la persona jurídica y de adopción y ejecución de decisiones. Sobre este particular, habría que diseñar qué decisiones de la empresa deben estar supervisadas por el órgano de apoyo para el cumplimiento del plan de prevención para que éste, a su vez, proponga al órgano de control las medidas protectoras oportunas.

**b)** Disposición de modelos de **gestión de los recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. En relación con este requisito, a título de ejemplo, deben imponerse controles previos a las decisiones de asunción de obligaciones y ordenación de pagos por cuenta de la empresa en las áreas previamente definidas de mayor riesgo.



c) Imposición de la obligación de **informar de posibles riesgos** e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. En este ámbito, la información que reciba el órgano de control puede ser perfectamente supervisada y compartida -con los debidos protocolos de confidencialidad- con el órgano de apoyo en el desempeño de las funciones de control.

d) Realización de una **verificación periódica** del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. Este requisito puede ser perfectamente desplegado con el apoyo técnico del proveedor externo con quien se subcontraten las labores de asistencia de la supervisión y control del plan de prevención.

Todas estas **funciones** pueden ser **desplegadas por un tercero** que remita sus conclusiones y rinda cuentas al órgano interno de control. No obstante, la descentralización debe hacerse de una manera responsable, en el sentido de que la responsabilidad última debe residir en el órgano interno de cumplimiento, quien debe velar directamente por la supervisión, control y eficacia de la metodología y las políticas que un tercero le haya suministrado. Es decir, cabe subcontratar con un tercero especializado las labores meramente técnicas inmersas en un PPD pero no su despliegue o puesta en práctica efectivos puesto que si esto también se descentraliza, se está incurriendo en un supuesto de descentralización total de la función quedando el órgano interno como una mera interposición o ficción carente de funciones prácticas.

Hay un último argumento en defensa de la **admisibilidad de la subcontratación** o externalización parcial de las labores de supervisión y control del plan de prevención y es que el Código no impide -ni mucho menos- que el propio diseño del plan de prevención lo haga un tercero, como normalmente suele hacerse; resulta entonces aplicable el viejo aforismo que dice que quien puede lo más (subcontratar el diseño del plan), puede lo menos (subcontratar las labores de apoyo, asistencia y asesoramiento en la supervisión y control del plan).

963.4 **3ª. Ubicación jerárquica.** La dependencia orgánica de la unidad de cumplimiento no viene predeterminada en el Código Penal; lo que sí parece inferirse -no tanto del texto literal del Código sino de la práctica empresarial- es que la Unidad debe estar dotada de autonomía funcional y, sobre todo, decisoria.

Esta **autonomía** requiere una posición destacada en la estructura de la entidad, lo que no exige que deba estar en el primer nivel jerárquico (por ejemplo, que tenga el rango de dirección general, dirección ejecutiva o que forme parte del comité de dirección). No obstante, su voz debe ser escuchada con autoridad; no puede ser discutida por no tener el titular de la unidad suficiente rango dentro de la entidad pues entonces desaparecería uno de los requisitos impuestos por el Código para aplicar la exención y es que el órgano a quien se confíe la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención debe disponer de poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

**4ª. Dependencia.** Tampoco entra el Código Penal -no debe hacerlo- en exigir una adscripción determinada de la **unidad de control**. Parece lógico pensar que dicha dependencia no debe hacerse respecto de las unidades que más riesgo tienen de incurrir en ilícitos penales por la actividad que despliegan. Normalmente, estas funciones más «arriesgadas» se sitúan en la dirección de administración y control financiero (por ser quien ordena los pagos), la dirección de desarrollo de negocio (por ser quien contacta con terceros para ampliar el ámbito de actividad de la entidad) o la dirección comercial (por estar destinada a tener mayor avidez y asumir mayores riesgos con el propósito de incrementar las ventas y cumplir con los planes que al efecto le sean impuestos).

Existe una tendencia a adscribir la **unidad de cumplimiento** dentro de la Secretaría General o la Dirección de Asesoría Jurídica. Inicialmente, la función de cumplimiento normativo se asociaba de manera casi unívoca con la función de control jurídico de la entidad; hoy en día, la práctica anglosajona, cada vez más generalizada en nuestro país, tiende a separar las funciones (*separation of duties*) desde el convencimiento de que el complemento que puede aportar una función nueva, especializada en cuestiones relacionadas con el *compliance*, a la perspectiva que la asesoría jurídica tradicional en la función de vigilar y supervisar la gestión del riesgo de incurrir en conductas ilícitas puede resultar enriquecedora y redundar en una mejor gestión del riesgo. Lo que sí debe exigirse es una línea de **dependencia directa** (sea orgánica o funcional) con el consejo de administración, consejo rector, patronato o máximo órgano de gestión y representación de la entidad; esta dependencia puede canalizarse a través de la comisión de auditoría (caso de existir). Lo verdaderamente importante de la ubicación orgánica y funcional de la unidad de cumplimiento es que tenga acceso directo al máximo órgano de dirección y administración de la entidad si lo considera necesario (p.e. porque otras unidades o responsables de menor rango impidan o dificulten su actuación).

964 **5ª. Relación** entre la función de cumplimiento normativo o «**compliance**» y la **prevención** de la responsabilidad penal de las empresas.

La función de *compliance* puede definirse como aquélla que consiste en elaborar y supervisar el cumplimiento de normas internas de las que se dota la entidad para evitar riesgos en los que incurre en el desarrollo de su actividad y que pueden traducirse en un perjuicio para la propia entidad, sus accionistas, socios, mutualistas, partícipes o fundadores.

A pesar de no ser lo mismo, ambas funciones sí **comparten** muchos elementos esenciales. Cabe afirmar que la función de cumplimiento normativo o *compliance* es más amplia en sus funciones que la de prevención de delitos; esta última tiene que ver con la evitación de conductas tipificadas en el Código Penal de las que pueda resultar responsable la propia persona jurídica; la función de *compliance* abarca la prevención frente a cualquier riesgo para el cual se ha definido previamente un umbral de permisividad, de forma que deba evitarse superar dicho nivel. Surgen así conceptos importados de las prácticas anglosajonas tales como el riesgo reputacional, el riesgo operativo u operacional, el riesgo sistémico, el riesgo recuperación de desastres (*disaster recovery*) que van más allá de los riesgos cuya supervisión se suele encomendar a las unidades de prevención de delitos. Sin embargo, dado que hay muchos elementos en común y, sobre todo, una metodología y forma de actuar muy similares, la función de prevención frente a la comisión de delitos suele encomendarse a las unidades de cumplimiento normativo.

Desde esta perspectiva, puede concluirse que hay una serie de **elementos esenciales** de un programa de «**compliance**» que están claramente presentes en la función de prevención de delitos:

a) **Liderazgo y cultura de «compliance»** : esta nota resulta especialmente enfatizada por el Código Penal al exigir que la supervisión del cumplimiento del modelo de prevención de la comisión de delitos haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o a un órgano al que la Ley le encomiende expresamente esta función. No basta con asignar nominalmente esta función a cualquiera; tiene que ser un órgano interno capaz de imponer modelos y pautas de conducta y que esté dotado de auctoritas sobre esta materia en el seno de la organización. Sólo así puede generarse una cultura de *compliance*.

b) **Estructura organizativa**: el Código Penal insiste en que los modelos de prevención sean, ante todo, modelos de organización, es decir, que creen estructuras y unidades o bien que asignen a estructuras de decisión preexistentes la capacidad para supervisar y gestionar con la debida autonomía e independencia el modelo de prevención, control y supervisión de riesgos.

c) **Evaluación de riesgos**: la norma exige la puesta en práctica eficaz de un plan que contemple medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para mitigar sus efectos. No cabe idoneidad ni eficacia si no se evalúan los riesgos para determinar el alcance y la intensidad de las medidas de vigilancia y control frente a la comisión de delitos.

d) **Políticas y controles**: un plan, ante todo, son un conjunto armónico y equilibrado de medidas y controles; medidas como instrumentos de evitación de delitos; controles como instrumentos de comprobación de que las medidas instauradas son eficaces.

e) **Formación y sensibilización**: sin sensibilización (o, difusión, podría también decirse) precedida de la oportuna formación no hay liderazgo en la puesta en práctica de un modelo de prevención y control y sin liderazgo no es posible conformar una cultura de sensibilización y percepción de la importancia de la función de *compliance* o cumplimiento normativo.

f) **Supervisión y verificación**: los códigos de prevención de la comisión de delitos exigen continuidad en el tiempo; no se trata de poner en práctica medidas que no se aplican ni se revisan en el tiempo. Se trata de una forma de gestionar los riesgos asociados al día a día de la empresa. Por eso, sin un régimen de supervisión permanente del desarrollo de la actividad empresarial y una constante verificación y contraste de que lo que se aplica es adecuado para la dimensión y complejidad de los negocios sociales, el modelo implantado carece de eficacia exoneratoria de la responsabilidad penal.

g) **Consecuencias de incumplimientos**: resulta imprescindible un régimen sancionador para el caso del incumplimiento; dicho régimen sancionador será distinto para el caso en que deba aplicarse a un empleado respecto de cuando deba aplicarse a un agente o representante. Sin régimen sancionador no hay elemento coercitivo que posibilite un control efectivo a través de un modelo de prevención capaz de aplicarse cada vez que se incumple.

Como **conclusión**, cabe decir que todas las notas características de la función de *compliance* o de cumplimiento normativo se dan en los modelos exigidos por el Código Penal para exonerar de responsabilidad penal a las personas jurídicas, por lo que su diseño, puesta en práctica y supervisión, allí donde exista previamente, debe ser parte de la función de *compliance*.

965 **C) Los autores individuales** deben haber cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

**D)** No debe haberse producido una **omisión** o un ejercicio insuficiente de sus **funciones de supervisión, vigilancia y control** por parte del órgano de control. Ambos requisitos pueden ser analizados bajo un único prisma en la medida en que el primero de ellos ofrece la perspectiva desde la actitud de la persona física que comete la acción u omisión ilícita mientras que el segundo lo hace desde la óptica del órgano que nada razonable puede hacer más allá de lo hecho para superar la planificación y ejecución de la conducta desplegada por el transgresor. Nuevamente se trata de poder aseverar que, con la diligencia puesta en práctica por el órgano de supervisión a la hora de proponer, implantar y cumplir un PPD, la astucia de la persona que comete la acción típica por cuenta de la entidad representa un plus ante el que no cabe adoptar medidas de prevención *a priori*; como ya se ha dicho, la conducta delictiva debe

equiparase, en boca de la Fiscalía General del Estado, a un accidente contra el que no cabe previsión o, siendo previsible, es insuperable.

#### 966 Contenido estándar de un plan de prevención de delitos

En cuanto al contenido en sí de un PPD, debe partirse de la base de que éste puede ser muy diverso pues, como ya se ha dicho, dependerá de la actividad concreta que desarrolle la entidad y «de las circunstancias del caso concreto». A pesar de ello, un plan de prevención de delitos estándar suele incluir una serie de capítulos dedicados a abordar las siguientes **materias**:

- a) Política de **conflictos de interés**: medidas preventivas dedicadas a regular la forma de resolver los conflictos de interés que muchas veces se suscitan en el día a día cuando se enfrentan el interés personal de quien actúa y el interés de la entidad para cuya cuenta actúa; el ejemplo más paradigmático es el relativo a los regalos, lo que suele dar lugar a la redacción de una política de regalos (*gift policy*) independiente.
- b) Tratamiento de la **información confidencial** de la empresa (criterios de custodia, de compartir con terceros, de destrucción de información que la contenga, etc).
- c) Política de tratamiento, conservación y acceso a **datos de carácter personal**, política que para ciertas áreas de actividad (por ejemplo, empresas relacionadas con la salud de las personas), se convierte en un factor crucial de seguridad operativa.
- d) Política de **seguridad informática**.
- e) Regulación del denominado **canal de denuncias anónimas** (nº 962.4 ).
- f) Tratamiento y protección de los **derechos de propiedad industrial e intelectual**.
- g) Política de prevención del **blanqueo de capitales**, lo que merece un capítulo aparte debido a su complejidad.
- h) Política de prevención de la financiación del **terrorismo**.
- i) **Protocolo de actuación** en los casos en los que se descubre que haya podido cometerse un delito del que puede resultar responsable la persona jurídica (medidas destinadas a averiguar la existencia o no del delito, de sus circunstancias y, sobre todo, de paliar sus efectos y revelarlo a las autoridades).
- j) Política de **prevención de abuso de mercado** y uso de información privilegiada (tratándose de entidades que operan en los mercados financieros).
- k) Políticas de prevención de la **salud, seguridad e higiene en el trabajo**.

#### 967 Régimen simplificado aplicable a entidades de reducida dimensión

En las personas jurídicas de reducida dimensión son de aplicación determinadas particularidades que se exponen en el nº 968 .

##### 967.2 Entidades a las que resulta de aplicación

En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las **funciones de supervisión** podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración ( CP art.31 bis.3 ). A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

Los **requisitos** para presentar **cuenta de pérdidas y ganancias abreviada** son de dos tipos ( RD 1514/2007 ):

**1. De orden cuantitativo.** Pueden formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades en las que a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las **circunstancias** siguientes:

- a) Que el total de las **partidas del activo** no supere los once millones cuatrocientos mil euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo del balance.
- b) Que el importe neto de su **cifra anual de negocios** no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c) Que el **número medio de trabajadores** empleados durante el ejercicio no sea superior a 250. Cuando una sociedad, en la fecha de cierre del ejercicio, pase a cumplir dos de las circunstancias antes indicadas o bien cese de cumplirlas, tal situación únicamente producirá efectos en cuanto a lo señalado en este apartado si se repite durante dos ejercicios consecutivos.

**2. De orden formal.** Desde el punto de vista meramente formal, las sociedades que, cumpliéndose los requisitos antedichos, pueden presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada son las sociedades anónimas, incluidas las laborales, las **sociedades** de responsabilidad limitada, incluidas las laborales, las sociedades en comandita por acciones, las sociedades cooperativas y las sociedades colectivas y comanditarias simples, cuando a la fecha de cierre del ejercicio todos los socios colectivos sean sociedades españolas o extranjeras. En todo caso, están obligadas

a formular, como mínimo, cuentas anuales abreviadas las empresas con otra forma societaria no mencionadas anteriormente así como los **empresarios individuales**.

Las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, **no** podrán formular **cuentas anuales abreviadas** bajo ningún concepto.

#### 968 Particularidades aplicables a estas entidades

El precepto muestra una nueva prueba de la verdadera intención de legislador que no es otra que favorecer la extensión de las **metodologías preventivas** de la comisión de delitos por las personas jurídicas para reducir la tasa de criminalidad de los denominados delitos económicos, aunque ello sea a costa de sacrificar el rigor en la metodología y en los recursos asignados a los PPD.

Por otro lado, esta especialidad es muestra de un acusado realismo del legislador a la hora de reconocer las **limitaciones** de la **PYME** y demás entidades de escasa dimensión que son quienes sustentan abrumadoramente el peso de la actividad económica en España. Lo que en definitiva permite el Código es seguir acogiéndose a la **exención de responsabilidad** a pesar de no tener una persona, ni mucho menos una unidad dentro de la organización, responsable del cumplimiento normativo.

En este terreno están llamadas a cobrar especial relevancia las **fórmulas de externalización** de la función en favor de terceros, lo que es extremadamente fácil y asequible acudiendo incluso a la asistencia por medios telemáticos de los servicios de consultoría.

No obstante, el verdadero **punto crítico** determinante del acogimiento a la exención en estos casos será la consistencia y firmeza con la que el órgano de administración (normalmente la propiedad de la empresa de reducida dimensión encarnada en un sistema de administración solidaria o mancomunada) asuma y ponga en práctica el **modelo de supervisión y control** de conductas delictivas. Sigue más que nunca siendo de aplicación la doctrina por la que debe diseñarse un sistema de control de tal manera que el delito debe ser considerado a todos los efectos como un accidente.

#### 969 Certificados expedidos por terceros

Una práctica llamada a generalizarse es la de la expedición de **certificados de calidad** expedidos por terceros, normalmente distintos de quienes han diseñado los PPD, que revisan sus elementos y acreditan su eficacia y el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Código Penal para la exención de responsabilidad.

La Fiscalía General del Estado insiste reiteradamente en que dichos certificados no deben tenderse como «pasaportes» eficaces en el ámbito penal de modo que, con su presentación, exista un **principio de prueba** de que se cumplen los requisitos impuestos por el Código. Muy al contrario, la Fiscalía insiste en que los PPDs deben ser efectivos y adaptados a las circunstancias de la entidad. También advierte que **no cabe oponer** los certificados de calidad como un instrumento vacío de contenido en el que pretender ampararse obviando la acreditación de que los requisitos para apreciar la eximente de responsabilidad concurren. Por ello, los certificados son instrumentos que coadyuvan en la apreciación de la exención si bien no por ello debe relajarse en modo alguno la puesta en práctica de forma decidida y coherente de los planes de prevención de delitos (FGE Circ 1/2016).

#### d. Requisitos para aplicar la exención a los sujetos sometidos a la autoridad de órganos de dirección

(CP art.31 bis.4)

970 Si el delito se comete por las personas sometidas a la autoridad de órganos de dirección (CP art.31 bis.1.b), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un **modelo de organización y gestión** que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (CP art.31 bis.4).

A diferencia del supuesto anterior, la exención de responsabilidad va en cierto modo incluida en el vínculo que el CP art.31 bis.1 exige para imputar la responsabilidad. Efectivamente, este artículo exige que los autores de la conducta criminal hayan podido realizar los hechos por haberse **incumplido** gravemente por las personas de quienes dependen dentro de la entidad de sus **deberes de supervisión, vigilancia y control** de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Efectivamente, la exención exige que se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo adecuado para prevenir delitos; el elemento constitutivo de la imputación de la responsabilidad a la persona jurídica consiste precisamente en que se hayan incumplido los deberes de supervisión, vigilancia y control en el seno de la entidad; el **incumplimiento** de dichos deberes no es otra cosa que una gestión inadecuada de la prevención de delitos, lo que a su vez impediría aplicar la exención. Quiere ello decir que ambos elementos representan dos caras de una misma moneda: si no se dan los presupuestos para imputar a la persona jurídica (porque no se han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control diseñados para evitar la comisión de delitos), además de no darse el elemento necesario para el nacimiento de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, operará una causa de exención de la citada responsabilidad (puesto que, dicho con otras palabras, se habrá puesto de manifiesto que la entidad gestiona eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos).

La pregunta que cabe hacerse es si dándose el supuesto determinante del nacimiento de la responsabilidad criminal para la persona jurídica, puede posteriormente entrar en juego la **exención de responsabilidad** de modo que la persona jurídica quede impune.

- 971 A primera vista, parece que si los **responsables** de la supervisión, vigilancia y control han incumplido sus deberes de manera que una persona física comete un delito en nombre y por cuenta de una entidad, ésta no gestiona eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos. O, lo que es lo mismo, si se da el supuesto que hace nacer la responsabilidad criminal de la persona jurídica, esta misma circunstancia impedirá que pueda operar la circunstancia eximente de dicha responsabilidad.

De ser cierta esta afirmación, la técnica empleada por el legislador sería cuestionable en la medida en que, dándose el supuesto determinante de la responsabilidad criminal cuando una entidad actúa por cuenta de una persona física que depende de un representante legal o voluntario o un miembro de su estructura de gestión y control, **no** cabría bajo ningún concepto aplicar la **exención** objetiva de responsabilidad prevista en el CP art.31 bis.4 ; es decir, la exención carecería de trascendencia práctica.

La forma de evitar esta conclusión -para no caer en el absurdo- pasa por poner el acento en el adverbio **«gravemente»** que contiene el CP art.31 bis.1.b («por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso»). La interpretación sistemática de uno y otro precepto debe ser la siguiente para que ambos preceptos alcancen pleno significado: si la entidad ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión y, sin embargo, por causas estrictamente imputables a la negligencia grave o una diligencia especialmente cualificada de una o pocas personas, éste resulta ineficaz en un momento determinado y se comete el delito, cabría entonces apelar a la exención de responsabilidad con el argumento de que la conducta típica cometida debe ser entendida como un accidente insalvable que ningún plan puede evitar.

Avala esta tesis el hecho de que el Código permita la fiabilidad del PPD al admitir que sus efectos resulten adecuados para reducir de forma significativa el riesgo de comisión de un delito.

En definitiva, el Código Penal admite la **exención objetiva de responsabilidad penal** tratándose de los supuestos previstos en el CP art.31 bis.1.b aun cuando se cometa un delito por cuenta y beneficio de la entidad siempre que la conducta deba considerarse excepcional e implique una cualificada intención de salvar los obstáculos previstos en el PPD para evitar la comisión del delito o concurra una negligencia verdaderamente inusual contra la que no haya instrumento efectivo que la prevenga.

Obviamente, en estos casos, la **acreditación de la exención** normalmente exigirá una larga tramitación procesal hasta lograr la convicción del juzgador.

#### 4. Regla general de atenuación de la pena

(CP art.31 bis.2 y 4)

---

- 972 En los casos en los que las **circunstancias determinantes** de la **exención** solamente puedan ser objeto de **acreditación parcial**, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

El amplio margen con que se pronuncia el precepto permite vislumbrar cierta **flexibilidad** a la hora de pretender la atenuación de la pena siempre que la entidad haya adoptado **medidas de prevención de delitos**, aunque éstas resulten manifiestamente mejorables. Es precisamente por este motivo por el que el Consejo de Estado y la doctrina han criticado la técnica del reconocimiento de esta atenuante ya que no la vinculan a la falta de cumplimiento de los requisitos de exención sino a la falta de prueba y no es la falta de prueba lo que determina la atenuación sino la inexistencia de un programa de prevención totalmente idóneo y ejecutado eficazmente.

#### 5. Reglas especiales de atenuación de la responsabilidad penal una vez cometido el delito

(CP art.31 quáter)

---

- 975 Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes **actividades**:

- a) La **confesión** de la infracción a las autoridades, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella.
- b) La **colaboración en la investigación** del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

Sobre este particular, dada la importancia que para el esclarecimiento de los delitos tiene el acceso a la información digitalizada que se almacena masivamente en los servidores de las empresas, no cabe duda que el legislador ha querido favorecer conductas de cooperación con la investigación incorporando esta atenuante. Como es obvio, no es el único supuesto que justificaría la aplicación de esta atenuante pero sí quizás el más llamado a aplicarse.

c) La **reparación o disminución del daño** causado por el delito en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño.

Debe resaltarse a este respecto que la reparación o disminución del daño puede tener lugar en cualquier momento antes de la celebración del juicio oral, lo que permite que resulte aplicable a actos realizados con posterioridad al auto de transformación en incluso a la celebración misma del acto del juicio, una vez concluida por tanto la instrucción e incluso el periodo intermedio.

d) El establecimiento, antes del comienzo del juicio oral, de **medidas** eficaces para la **prevención y descubrimiento** de los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Esta atenuante es un claro ejemplo de cómo el legislador persigue un claro objetivo de política criminal consistente en la cada vez mayor incorporación de las empresas y entidades de todo tipo que operan en el tráfico económico a la cultura de la prevención y del cumplimiento normativo como instrumento decisivo para atenuar la criminalidad económica.

## 6. Autonomía de la responsabilidad criminal de la persona jurídica respecto de la persona física que comete la conducta típica

(CP art.31 ter y quáter)

980 La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se produce la **imposición** de la pena de **multa a ambas -persona física y persona jurídica-**, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

**No excluirá ni modificará** la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieran sustraído a la acción de la justicia.

Esta expresión tan drástica se ve matizada por el propio Código al admitir la modificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por resultar de aplicación las **atenuantes** previstas en el (nº 972 y nº 975 ).

No cabe duda que esta previsión representa un avance en la **objetivización** de la **responsabilidad criminal** de la persona jurídica y su autonomía respecto de la de las personas físicas (vicarios) que incurrirán físicamente en las conductas criminales.

## 7. Responsabilidad de personas jurídicas en caso de fusión, absorción, disolución

(CP art.130.2)

982 El Código Penal contiene normas en **evitación del fraude de ley** que puede darse ante fenómenos de sucesión empresarial o ciertas operaciones societarias estructurales diseñadas para evitar las consecuencias derivadas de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica no se extingue en los siguientes **supuestos**:

a) **Transformación, fusión, absorción o escisión** de una persona jurídica. La responsabilidad penal se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión.

La norma contiene un mandato extremadamente flexible al atribuir al juez o tribunal la potestad de moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

b) **Disolución** encubierta o meramente aparente. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

## E. Delitos por los que la persona jurídica puede resultar penalmente responsable

985 El Código Penal limita los supuestos en que la responsabilidad penal puede darse a una lista de delitos que considera que son los más proclives a que intervengan las entidades morales. Esta **limitación de tipos**, por otra parte obvia en muchos casos (el homicidio no puede ser cometido por una entidad), también responde a la filosofía de servir como instrumento de política criminal de lucha contra la moderna criminalidad económica en la que las empresas empiezan a tener un protagonismo muy relevante.

Es por este motivo por el que las sucesivas reformas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas han optado por restringir los tipos delictivos por los que cabe predicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tras la reforma, la responsabilidad de las personas jurídicas se circunscribe al siguiente **catálogo de delitos**:

Delito	Regulación
• Tráfico ilegal de órganos	CP art.156 bis
• Trata de seres humanos	CP art.177 bis
• Prostitución/Explotación sexual/Corrupción de menores	CP art.189 bis
• Delitos contra la intimidad y allanamiento informático	CP art.197
• Estafas	CP art.251 bis
• Frustración de la ejecución	CP art.258 ter
• Insolvencias punibles	CP art.261 bis
• Daños informáticos	CP art.264
• Delitos contra propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores	CP art.288
• Blanqueo de capitales	CP art.302
• Financiación ilegal de partidos políticos	CP art.304 bis.5
• Delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social	CP art.310 bis
• Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	CP art.318 bis
• Delitos de construcción, edificación y urbanización	CP art.319
• Delitos contra el medioambiente	CP art.327 y 328
• Delitos relativos a la energía nuclear	CP art.343
• Delitos de riesgo provocados por explosivos	CP art.348
• Delitos contra la salud pública	CP art.369 bis
• Falsedad de medios de pago	CP art.399 bis
• Cohecho	CP art.427
• Tráfico de influencias	CP art.430
• Financiación del terrorismo	CP art.576
• Contrabando	LO 6/2011 art.2.6

Como puede advertirse, la relevancia en el **ámbito tributario** es notoria. No sólo se recoge la inclusión del delito contra la Hacienda Pública y los delitos de contrabando, sino que también se incorporan a este catálogo los nuevos delitos de frustración de la ejecución.

La mayor parte de los delitos de los que puede resultar responsable la persona jurídica son **delitos** que sólo pueden cometerse **a título doloso**.

Se **exceptúan** cuatro grupos de conductas cuya comisión puede ser culposa: las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo. Los **delitos contra la salud pública** prevén la posibilidad de cometerse a título de culpa ( CP art.367 ); no obstante, la responsabilidad de la persona jurídica excluye esta modalidad, lo que ha merecido la crítica de la doctrina dado que no existe razón de política criminal que justifique que en determinados supuestos en los que concurre una total ausencia de controles y medios eficaces de prevención en el seno de una entidad se cometen delitos relacionados con la fabricación o comercialización de productos gravemente perjudiciales para la salud. Por otro lado, junto al régimen del CP art.31 bis , se mantiene el régimen del CP art.129 que se aplica a los **delitos**

previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de **entes carentes de personalidad jurídica**, y se contempla también para los siguientes delitos:

- a) Relativos a la **manipulación genética** ( CP art.162 )
- b) Alteración de precios en **concursos y subastas públicas** ( CP art.262 ).
- c) Negativa a **actuaciones inspectoras** ( CP art.294 ).
- d) Delitos contra los **derechos de los trabajadores** ( CP art.318 )
- e) **Falsificación de moneda** ( CP art.386.4 ).
- f) **Asociación ilícita** ( CP art.520 ).
- g) Organización y **grupos criminales** y terroristas ( CP art.570 quáter ).

## F. Penas aplicables

### 990 Catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas

La reforma del año 2010 establece un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose -respecto a las hasta entonces denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos)-, la pena de **multa** por cuotas y proporcional y la **inhabilitación** para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social.

Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición.

En ese modelo, la multa es la **pena común** y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de **otras medidas** más severas sólo para los **supuestos cualificados** que se ajusten a las reglas fijadas en el CP art.66 bis , relativo a las circunstancias para la aplicación de las penas a las personas jurídicas.

Igualmente, se tiene en cuenta el posible **fraccionamiento del pago** de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquéllas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general.

Las **penas** aplicables a las personas jurídicas, que tienen la consideración de **graves**, son las siguientes ( CP art.33.7 ):

- a) **Multa** por cuotas o proporcional.
- b) **Disolución** de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) **Suspensión** de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de 5 años.
- d) **Clausura** de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de 5 años.
- e) **Prohibición de realizar** en el futuro las **actividades** en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si es temporal, el plazo no podrá exceder de 15 años.
- f) Inhabilitación para obtener **subvenciones y ayudas** públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e **incentivos fiscales** o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años.
- g) **Intervención judicial** para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de 5 años.

La intervención podrá **afectar** a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez o tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial.

La intervención se podrá **modificar o suspender** en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el juez instructor como **medida cautelar** durante la instrucción de la causa.



995 **Circunstancias para la aplicación de las penas a las personas jurídicas**  
(CP art.66 bis)

En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las siguientes reglas en lo relativo a las **circunstancias atenuantes o agravantes** ( CP art.66.1 ) :

- las reglas 1ª a 4ª se refieren a la **presencia** de una o varias circunstancias atenuantes o agravantes;
- las reglas 6ª a 8ª contemplan la **ausencia** de circunstancias atenuantes y agravantes, o bien la concurrencia de unas y otras, así como la aplicación de la pena inferior en más de un grado.

Además de las reglas citadas, en la aplicación de las penas a las personas jurídicas se aplicarán **otras reglas**:

1ª. En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la **imposición y la extensión de las penas** previstas en el CP art.33.7.b a 33.7.g , habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2ª. Cuando las **penas** previstas en el CP art.33.7.c a 33.7.g se impongan con una **duración limitada**, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a 2 años será necesario que se dé alguna de las dos **circunstancias** siguientes:

- a) Que la persona jurídica **sea reincidente**.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la **actividad legal** de la persona jurídica sea **menos relevante que su actividad ilegal**.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en el CP art.31 bis.1.b , derive de un **incumplimiento** de los **deberes de supervisión, vigilancia y control** que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de 2 años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a 5 años de las previstas en el CP art.33.7.e y f , será necesario que se dé alguna de las dos **circunstancias** siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en el CP art.66.1. regla 5ª
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

# PARTE II

## Deontología, derechos y deberes y régimen de responsabilidad profesional

### CAPÍTULO I

## Ética de la abogacía

1000	A.	Precisiones terminológicas, fuentes y propuestas de discurso ético	1002
	B.	Aspectos éticos del ejercicio profesional de la abogacía	1056
	C.	Presente y futuro de la abogacía	1132
	D.	Anexo documental. Siete decálogos y un heptálogo de ética profesional jurídica	1162

### A. Precisiones terminológicas, fuentes y propuestas de discurso ético

1002	1.	Ética, moral y deontología	1004
	2.	Fuentes de la ética fundamental o filosofía	1026
	3.	Vías de articulación del discurso ético	1038

#### 1. Ética, moral y deontología

- 1004 Con carácter previo, se considera oportuno dar cuenta de cuál es el contexto en el que se gesta y tiene acogida el recorrido que ahora empieza acerca de los **aspectos éticos** de la abogacía.

Ni qué decir tiene que es el **contexto occidental** al que se va a hacer alusión en todo momento. Con miras a tratar de definir, siquiera sea introductoria e indicativamente, a qué nos referimos, se considera procedente recurrir a una cita clásica de Xavier Zubiri (1898-1983) comprendida en su obra «Naturaleza, Historia, Dios» (1944): «La metafísica griega, el derecho romano y la religión de Israel (dejando de lado su origen y destino divinos) son los tres productos más gigantescos del espíritu humano [...] Solo la ciencia moderna puede equipararse en grandeza a aquellos tres legados».

Despejada, pues, esa triple, si no cuádruple, identidad occidental que más tarde, incidiendo en la vertiente sociopolítica, llamaremos demoliberal, convendrá ahora apelar a una **doble distinción** que también cuenta con virtualidad introductoria. Pues bien, de acuerdo con la distinción formulada por José Ortega y Gasset (1883-1955), inspirada en David Hume (1711-1776), y comprendida en «Ideas y creencias» (1940), tenemos que Grecia fue la civilización de las ideas (orientación especulativa asentada en el *logos -razón teórica-*) mientras Roma fue la civilización de las *creencias* (orientación pragmática que se verifica a través del *ius* y la *pax romana* como *razón práctica*).

La contraposición entre las **ideas**, o sea, la «vida intelectual», y las **creencias**, o sea, la «vida viviente» o «vida real», podría sintetizarse, de acuerdo con la precedente distinción orteguiana, en el sentido siguiente: mientras «las ideas se tienen», esto es, las ideas «se utilizan para designar todo aquello que en nuestra vida aparece como resultado de nuestra ocupación intelectual»; en cambio, «en las creencias se está», es decir, las creencias «se nos presentan con el carácter opuesto [...] constituyen la base de nuestra vida, el terreno sobre el que acontece».

- 1006 La interacción *ideas-creencias*, o, dicho de otra forma, el desdoblamiento entre *vida intelectual-vida viviente/real*, permite establecer un nuevo paralelismo que remite, otra vez, a los **orígenes de la civilización occidental**, esto es, a Grecia y Roma. Fernando Prieto (1933-2006), en su «Manual de historia de las teorías políticas» (2006), lo expresaba en los términos siguientes: «Recordando ahora la distinción entre ideas y creencias en el sentido en que la estableció Hume y entre nosotros divulgó en un brillante ensayo Ortega, decimos que Grecia fue el país de las «ideas» y Roma fue el país de las «creencias». Y estas son precisamente las que más influyen en la práctica. En Grecia los filósofos buscaron solución a los problemas especulativos. Los romanos se plantearon problemas prácticos, concretos: la organización del ejército, la construcción de caminos, la administración de las provincias...».

Por lo expuesto, queda perfilada, pues, la distinción entre la **orientación teórica** (razón teórica y/o especulativa) que remite al *logos*, por una parte; y, por otra, la **orientación práctica** (razón práctica y/o instrumental) que remite al *ius*. Una conocida cita de Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832) ayudará a resaltar dicho desdoblamiento: «*Grau*,

*teurer Freund, ist alle Theorie / Und grün des Lebens goldner Baum* («Gris, mi querido amigo, es toda teoría, / y verde el dorado árbol de la vida»).

La distinción que antecede, empero, no impide afirmar el **carácter complementario** susceptible de ser postulado entre la secuencia teórica y la secuencia práctica. Los planteamientos pergeñados en clave de «vasos comunicantes», que rehúyen los «compartimentos estancos» y que tienen, por consiguiente, vocación ecléctica, híbrida, intermedia, etc. son, por así decirlo, inherentes a la cosmovisión jurídica y, específicamente, al mundo de la abogacía.

Las precisiones que preceden han preparado el terreno para abordar las diferencias entre tres esferas como son la **ética, la moral y la deontología**. El punto de partida a la hora de establecer las distinciones entre unas y otras esferas será etimológico sin que ello sea óbice para que se termine poniendo el acento en cuestiones en las que prevalecerá el alcance denotativo y/o connotativo.

#### 1008 **Ética. Definición y tipologías**

El término «ética» deriva, etimológicamente, del griego *êthos* (carácter, modo de ser) y *éthos* (costumbre, hábito, uso).

La conducta, los hábitos y el carácter interactúan de suerte, cabría decir, que el **comportamiento** de cada uno depende de su propio **carácter** y, a su vez, el carácter se forja a través de sucesivas elecciones y decisiones. El modo de ser vendría a ser, pues, el resultado de nuestra disposición o talante, elaborado por el carácter que, a través del comportamiento, vamos conformando.

La ética ha sido considerada, comúnmente, como la parte de la filosofía que estudia la **conducta del hombre** y, más en concreto, los criterios según los cuales se valoran sus comportamientos y elecciones.

Corresponde señalar que es habitual distinguir entre una ética filosófica (o fundamental) y las **éticas aplicadas**.

En el caso que nos ocupa, obvio es decirlo, la ética aplicada que concentrará nuestra atención será la ética profesional para juristas, en general, y la **ética de la abogacía**, en particular.

#### 1010 **Moral. Relaciones entre ética y moral**

El término «moral» deriva, etimológicamente, del latín *mos, moris* (que quiere decir tanto carácter o modo de ser como conducta, hábito o uso).

El centro de gravedad de la moral es, por consiguiente, coincidente con el de la esfera ética y queda focalizado, según lo expuesto, en la vida en su conjunto que apunta, ciertamente, al **modo de ser**, a nuestra disposición o **talante** y al **carácter** que nos vamos forjando.

En la actualidad ética y moral se consideran términos **sinónimos** si bien se tiende a sustituir el término moral por el de ética. Varias razones apuntan en esta dirección. Así, podría afirmarse que el término ética es más aséptico, en términos académicos, valdría decir, que el término moral. En este sentido, no se puede dejar de señalar que el carácter aconfesional y, llegado el caso, el **punto de vista laico**, contemporizan más y mejor con el término ética en detrimento del término moral. Posiblemente, lo que se trate de rehuir, en última instancia, sea la intensidad de un discurso, y un ulterior debate, que pueda quedar arrostrado por las querencias de tipo ideológico y, por ende, el riesgo, al menos, de que todo pueda verse emponzoñado por derivas de sesgo dogmático.

1012 No puede desconocerse que la ética suele considerarse como la teoría de la moral. Y la moral, por su parte, suele ser entendida en una **acepción religiosa** (así, se habla de moral católica, protestante, musulmana, etc.) que la aleja de ese posicionamiento aséptico o, si se prefiere, más neutral y/o académico y que, por consiguiente, conlleva una problemática notoriamente menor si es el término ética el que se emplea.

Sin perjuicio de lo anterior, convendrá aclarar que, en general, no se suelen hacer distinciones entre ética y moral. De hecho, buena parte de los autores que se ocupan del estudio de la **ética y la deontología profesional** usan, indistintamente, ambas categorías.

#### 1014 **Deontología. Relaciones entre ética y deontología**

El término «deontología» deriva, etimológicamente, del griego *deon, deontos*, que significa «deber».

La deontología consiste en un **conjunto de deberes** sistemáticamente relacionados entre sí; que en la práctica desemboca en la promulgación -y, añádase, consiguiente divulgación- de códigos deontológicos.

Más modernamente ha de ser traído a colación Jeremy Bentham (1748-1832), el padre del **utilitarismo**, doctrina moral fundada en el llamado «principio de utilidad» formulado como «la mayor felicidad del mayor número es lo que determina en el orden moral lo que está bien -*right*- y lo que está mal -*wrong*-».

1016 En efecto, fue Bentham quien se ocupó de la deontología en su obra, de publicación póstuma, titulada «Deontología o ciencia de moral» (1834). La tesis benthamita propugnaba identificar **interés y deber** de manera que terminaba haciendo pivotar su propuesta a partir de la prudencia (proyección personal) y la benevolencia (proyección exterior).

La mencionada obra de Bentham viene a equiparar la deontología, desde el inicio de la misma, con «cómo se facilita la Moralidad al demostrar que en el transcurso de la vida de las personas coinciden el deber con el interés bien entendido, la felicidad con la virtud, así como la **prudencia** -tanto la prudencia egoísta como la altruista- con la auténtica **benevolencia**». Llamará la atención, asimismo, puestos a resaltar una nota que pasa por ser señal de identidad de la querencia utilitarista, la consideración del *summum bonum* (léase el -inencontrable- «bien supremo») como una «solemne tontería».

#### 1020 Contexto y proyección

Ética y deontología son, o si se prefiere, están llamadas a relacionarse como **ámbitos complementarios**. Así las cosas, mientras la ética constituye un *horizonte de reflexión* para la deontología; la deontología se manifiesta como una *derivación práctica*, tangible, de los postulados éticos.

La doble secuencia teórico-práctica hace acto de presencia nuevamente. Convendrá ahora establecer **dos series de referencias** a la hora de contextualizar un escenario de significación ética llamado a interactuar con las manifestaciones pragmáticas de índole deontológica.

Primeramente, cabría hacer mención a las **categorías fundamentales platónicas**, esto es, verdad, belleza y bondad, a fin de contextualizar, adecuadamente, cuál es el papel que se atribuye a la ética. Citar a Platón (427-347 a.C.) como presupuesto constituye, probablemente, el mejor punto de partida posible al sintonizar con la impresión difundida por Alfred North Whitehead (1861-1947) en «Proceso y realidad» (1929): «La caracterización general más certera de la tradición filosófica europea es la que consiste en una serie de notas al pie a los textos de Platón».

En un momento posterior cabría plantearnos completar el esquema precedente de la mano de los «**Tria iuris praecepta**» de Ulpiano (170?-228); a saber: «Los preceptos del derecho son: vivir honestamente (*honestae vivere*), no hacer daño a otro (*alterum non laedere*) y dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)» (Justiniano: *Instituciones*, I, 1, 3). Veremos cómo y con qué finalidad.

1022 Por un lado, en «Verdad, belleza y bondad reformuladas. La enseñanza de las virtudes del siglo XXI» (2011), de Howard Gardner, se renueva, apelando a las expresadas categorías platónicas, la distinción, en clave complementaria, entre **la ciencia, el arte y la ética**; como corolarios de la verdad, la belleza y la bondad, respectivamente. Se trata, pues, de retomar esa otra tríada, ya presente en Immanuel Kant (1724-1804), que permitió proponer una revisión general de toda la filosofía a través de las tres críticas: «Crítica de la razón pura» (1787), cuyo objeto de crítica era el conocimiento teórico (léase la ciencia, la noción de verdad); «Crítica del juicio» (1790), cuyo objeto de crítica se centraba en la experiencia artística (léase el arte, la noción de belleza) y «Crítica de la razón práctica» (1788), cuyo objeto de crítica era la acción moral (léase la ética, la noción de bondad). También habríamos podido trazar ese triángulo compuesto de tres ángulos, la **ciencia** («ello»), la **ética** («nosotros») y el **arte-estética** («yo»), apelando al «Gran Tres» de Karl Popper (1902-1994) y, más específicamente, a esos tres mundos en los que, a su juicio, quedaba vertebrada, recíprocamente, la realidad: el *mundo objetivo* (centrado en el «ello»), el *mundo cultural* (del «nosotros») y, finalmente, el *mundo subjetivo* (del «yo»). Puesto que la cuestión central, a nuestros efectos, es la que tiene transcendencia ética no puede orillarse que la misma tiene que conjugarse atendiendo, especialmente, a una de las tres prenombradas categorías fundamentales como es la **bondad**; debiendo resaltar que dicha conjugación no dejará de ponerse de relieve, en todo momento, sino a través del «nosotros». La primera persona del plural nos pone sobre aviso, pues, acerca de aquello que es prevalente en cualquier planteamiento imbuido de significación ética: la dimensión convivencial, en definitiva, la armonía, el orden social. La **responsabilidad social del abogado** no es, subrayémoslo, nada retórica sobre este particular hasta el punto de que su *modus operandi* se despliega tanto reivindicando la «fuerza de la razón» (y, en modo alguno, la versión contraria consistente en la rechazable «razón de la fuerza») como la idea de civilización (contraria, a su vez, a la acción desprovista de pensamiento que arrastra hasta los predios de la barbarie). Resulta elocuente, a este respecto, el título del discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de quien fuera durante un buen número de años (1992-2007) Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Luis Martí Mingarro: «El abogado en la historia. Un defensor de la razón y la civilización» (2001).

1024 Y, por otro lado, como se decía antes, podría completarse el esquema trazado recurriendo a los *Tria iuris praecepta*, al **tríptico de Ulpiano**. Como apunta Ángel Sánchez de la Torre en «El Derecho en la aventura europea de la libertad» (1987), «el conjunto de los *Tria iuris praecepta* constituye el arquetipo conceptual, y también el arquetipo fundamental del Derecho». Aunque se pueda recaer en un reduccionismo, la *vis* indicativa justifica correr el riesgo de incurrir en malentendidos. Se trata de recomponer un nuevo esquema tripartito y dar cuenta de las **tres tradiciones jurídicas** cuya invocación persiste en el orbe occidental. El iusnaturalismo y la visión axiológica del Derecho se identifican con el primero de los preceptos, *vivir honestamente*. El segundo de ellos, *no hacer daño a otro*, enlaza con el principio de igualdad y, específicamente, con la visión fáctica y/o sociológica del Derecho a que se contrae la tradición del Realismo Jurídico; y, por último, la dimensión distributiva presente en *dar a cada uno lo suyo* tendería a aproximarse, llegado al caso, a una visión normativa del Derecho exteriorizada a través del iuspositivismo. Reaparece, por consiguiente, aunque en otro orden y con un alcance matizado, el acervo proveniente de las categorías fundamentales antes mencionadas y sus derivaciones. De cualquier manera, este otro tríptico precedente sirve,

cuanto menos, para introducir, aunque no sea inmune a los malentendidos, a una vía de aproximación (o conexión) entre el **ámbito ético** (o moral) y el **mundo del Derecho** entre cuyos actores protagonistas figuran, señaladamente, los abogados.

## 2. Fuentes de la ética fundamental o filosófica

---

1026 Si nos referimos al contexto occidental, de sustrato demoliberal, al que estamos adscritos, y siguiendo a Miguel Grande en «Ética de las profesiones jurídicas» (2006), pueden ser citadas **dos corrientes** de ética fundamental que hacen las veces de plataforma para la posterior consecución, como ética aplicada, de una ética profesional para juristas.

Las dos corrientes anunciadas serán brevemente expuestas distinguiendo una **dimensión social**, primero, y una **dimensión subjetiva**, después.

### 1028 Dimensión social

Primeramente, cabe referirse a **Aristóteles** (384-322 a.C.) y, más en concreto, a dos de sus obras, «Ética a Nicómaco» y «Política», en las que se hace alusión a los dos aspectos que pasan a mencionarse a continuación:

Por una parte, hay que reparar en el carácter teleológico de la acción humana; es decir, la aspiración o «búsqueda» del bien de la felicidad del que da cuenta, como **vertiente eudemonista**, la «Teoría del Bien y de la Felicidad» comprendida en el Libro I de la «Ética a Nicómaco». Afirmaciones, objeto de oportuno desarrollo, como las siguientes, «El bien es el fin de todas las acciones del hombre» (L.I, I) o esta otra, «El fin supremo del hombre es la felicidad» (L.I, II), inciden en la mencionada vertiente eudemonista.

El eudemonismo vendría a acoger, por tanto, los planteamientos de significación ética conformadores de una reflexión tendente a poner los «**medios**» adecuados para alcanzar un «**fin**» que se identifica con «un bien» que no es otra cosa sino una vida mejor.

La eudemonía, en aras de precisarlo aún más, se traduce, generalmente, por felicidad o buena vida. Y de ahí, precisamente, que el eudemonismo constituya un posicionamiento ético cuyo objeto de reflexión sea **el bien, la buena vida o la felicidad**, proponiéndose, en consecuencia, cómo lograr, con qué «medios» alcanzar, ese «fin».

1030 Por otra parte, la dimensión social de la ética está presente a partir de la consideración del hombre como «ser social», pudiéndose resaltar no solo la *Teoría de la Justicia* comprendida en el Libro V de la «Ética a Nicómaco» sino, principalmente, la «Política»; en la que Aristóteles insistía en el **carácter social del hombre** en tanto que animal político (*zoon politikon*). La cita de un breve fragmento de la obra reseñada lo expresa con gran elocuencia: «La razón de que el hombre sea un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier otro animal gregario, es clara. La naturaleza, pues, como decimos, no hace nada en vano. Solo el hombre, entre los animales, posee la palabra [...] la palabra existe para manifestar lo conveniente y lo dañino, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio de los humanos frente a los demás animales: poseer, de modo exclusivo, el sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, y las demás apreciaciones. La participación comunitaria en estas funda la casa familiar y la ciudad» (L.I, II).

### 1032 Dimensión subjetiva

En segundo lugar, puede ser citado, nuevamente, Kant y, más en concreto, su «Fundamentación de la metafísica de las costumbres» (1785) y, específicamente, la apelación al **imperativo categórico**.

Antes de nada convendrá destacar, sin embargo, la **idea de autonomía** (o emancipación), como paradigma de la Ilustración, cuyo *leitmotiv* puede quedar sintetizado en la exclamación «*Sapere aude!*» que podríamos traducir (cuando el hombre había dejado atrás la minoría de edad) por «¡Atrévete a pensar!». En el opúsculo «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?» (1784) se contiene un famoso fragmento que pasa a reproducirse: «La Ilustración es la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no reside en la carencia de entendimiento, sino en la falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de otro. *Sapere aude!* ¡Ten el valor de servirte de tu propio entendimiento!, he aquí el lema de la Ilustración».

En otro orden de cosas y, desde luego, más allá de hacer alusión a las formas *a priori* del conocimiento sensible (espacio y tiempo) e inteligible (categorías), la moral kantiana se centra en el **concepto de obligación** («deber ser», *Sollen*) y, más en concreto, en el anteriormente mencionado concepto de *imperativo categórico* que constituye, como síntesis de la propuesta kantiana, la ley fundamental de la razón práctica.

1034 En la citada obra kantiana, «Fundamentación de la metafísica de las costumbres», se contiene la doble formulación del **imperativo categórico**; a saber:

Se alude, previamente, a que el *imperativo categórico* (la normatividad obligante) es **único** y cuya formulación es la que sigue: «Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal».

Como fundamento práctico supremo y, derivada de la anterior, tenemos una segunda formulación que es la que atiende al denominado **imperativo práctico**: «Obra del tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio».

La ética kantiana, a diferencia de lo expuesto a propósito de la dimensión social-aristotélica, deja en un segundo plano la **cuestión de la felicidad**, el eudemonismo. Se podría decir, por tanto, que no sería contradictorio actuar correctamente y, sin embargo, no alcanzar la felicidad. Las corrientes éticas fundadas en la idea de deber, en la normatividad obligante, se suelen denominar éticas deontológicas.

### 1036 Directrices en la determinación de una ética fundamental o filosófica

Podemos comprobar que las fuentes manejadas conjugan dos dimensiones claramente diferenciadas; a saber: la **dimensión aristotélica** es netamente social, objetiva, en tanto que la **dimensión kantiana** apela a la subjetividad individual.

Se tratará de cohesionar ambas dimensiones, **social e individual**, con ocasión del posterior enunciado y consiguiente desarrollo expositivo de los denominados principios de ética profesional jurídica.

### 3. Vías de articulación del discurso ético

---

1038 Las dimensiones, social e individual, a que se ha hecho alusión se proyectan en el tiempo prevaleciendo o imponiéndose una u otra, según qué casos. Con vocación de síntesis y, a título indicativo, pasan a distinguirse, siguiendo esta vez a Xabier Etxebarria y sus «Temas básicos de ética» (2002), tres **grupos de planteamientos** que pretenden agotar, prácticamente, todas las posibilidades. Con todo, las tres propuestas que pasan a ser expuestas, sucintamente, con visos de dar cuenta del amplio espectro de posibilidades que son susceptibles de ser planteadas no impide hacer hincapié en el hecho de que, frecuentemente, las distintas propuestas se solapan, entrecruzan, por lo que la vía complementaria, o si se prefiere ecléctica, híbrida, intermedia, etc., no es algo que pueda nunca dejar de estar presente.

### 1040 Ética civil, cívica (o de mínimos) «versus» ética de máximos

La ética de mínimos presupone aceptar una sociedad pluralista y, más concretamente, una separación entre lo privado (el hombre) y lo público (el ciudadano). Consiste, pues, en proponer unos **mínimos éticos exigibles** -en todo caso- para regular la convivencia. Ideas afines a la *ética de mínimos* son la tolerancia y el consenso social; pudiendo destacar, además, que esta ética civil -o cívica- acaba identificándose, en no pocas ocasiones, con una ética laica.

La **ética de máximos**, por su parte, apela a una **ética global** para todos; se traduce, pues, en una sola ideología o una sola religión.

La distinción precedente no deja de ser problemática; así, convengamos en reconocer que, con frecuencia, no es cuestión pacífica ser capaz de **delimitar el ámbito privado del público**, y viceversa; y otro tanto cabe decir en cuanto a la determinación de ese contenido mínimo, que es, por definición, algo -de suyo- controvertido.

Llegados a este punto, cabría poner en relación todo lo expuesto acerca de la visión **minimalista**, llámese también posibilista, y la versión **maximalista** con el *carácter paradójico* de la justicia. El instituto de la «equidad» (CC art.3.2), la idea de ponderación, sobrevolará a la hora de fijar la distinción entre *la justicia como un fin* y *la justicia como un medio*.

1042 De acuerdo con dos aforismos latinos, en un caso, *Fiat iustitia et pereat mundus* («Hágase justicia aunque perezca el mundo»), el lema de Fernando I de Habsburgo (1503-1564), quien fuera nieto de Fernando el Católico y Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico; y, en otro, *Summum ius, summa iniuria* («la extrema justicia es injusticia extrema»), recogido por Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.) en *De Officiis* (L. I, 33), advertimos cómo se relanza ese **aspecto paradójico** que no hace sino renovar la contraposición entre «maximalismo» *versus* «posibilismo» o, si se prefiere, entre la «cosmovisión idealista» *versus* la «cosmovisión realista». Asistimos, en definitiva, a otra forma de tratar la consideración de la **justicia** como un *fin* o como un *medio*, respectivamente, sin menospreciar, claro está, la extendida concepción (subjetivista) de *la justicia como sentimiento*. Con todo, de incidir en la segunda hipótesis no quedaría sino admitir que *la justicia se establece como un modo de evitar males mayores* (más coloquialmente podría apostillarse que «lo mejor es enemigo de lo bueno») y que, por consiguiente, dicho de otro modo, *la justicia se erige en un medio para obtener otros bienes*.

Las sucesivas tensiones a que se ha venido haciendo alusión, en clave dialéctica, permiten retomar ese otro aspecto dilemático al que se refería el poeta Samuel Taylor Coleridge (1772-1834). Y es que para el poeta lakista la pugna entre el *idealismo platónico* y el *realismo aristotélico* era una especie de designio habida cuenta que todo el mundo habría nacido platónico o aristotélico. Quedaría por ver si dicho designio tendría que responder, en el caso de los juristas, en general, y en el de los abogados, en particular, a un *buen augurio* o si, por el contrario, habría de considerarse una especie de *atávica maldición*.

#### 1044 Universalismo «versus» relativismo

La clave de la tensión entre una y otra propuesta radica en considerar si hay **bienes, valores y normas** que han de imponerse (o que puedan imponerse) universalmente; o, por el contrario, como propugna el relativismo ético, si hay que admitir la imposibilidad de acuerdo racional universal en el campo moral.

Las diferencias expuestas no están exentas de polémica y traslucen, habitualmente, **ambigüedades**; cabe señalar, a este respecto, que a veces las tesis relativistas envuelven un universalismo de mínimos concentrado, lo cual desdibuja, ciertamente, la aparente contraposición.

La antedicha distinción entre *universalismo* y *relativismo* sirve en bandeja hacer alusión a distintas actitudes (en torno a la posibilidad y validez del conocimiento) que contribuirán a aclarar qué significación pueden deparar las diferentes tomas de posición. Como exponía Antonio Fernández-Galiano (1926-1999) en «Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho» (1982) pueden distinguirse tres **actitudes epistemológicas**: *dogmática, relativista y escéptica*.

- 1046 La **actitud dogmática** es una postura positiva que considera que el hombre está capacitado para conocer y que el conocimiento que realiza le permite adquirir verdades de las que puede estar rigurosamente seguro. La verdad debe escribirse, pues, con mayúscula; y la simple noción de verdad absoluta es, en puridad, redundante. La verdad no admite dobleces, ni matices ni fragmentaciones de ninguna clase.

Si la actitud dogmática rechaza de plano la atomización de la idea de verdad, la **actitud relativista** nos sitúa, prácticamente, en el polo opuesto: aunque cree que es posible el conocimiento y cree también en la certeza de este, entiende que no existe una sola verdad, sino una pluralidad de verdades. Es decir, cada época histórica, ciclo cultural, cada ámbito o contexto, incluso, posee su propio sistema de verdades. El hombre, en fin, puede llegar a conocer la verdad, pero no una verdad absoluta e intemporal, sino una verdad relativa circunscrita al sistema concreto en que se formula.

La tercera actitud, la **actitud escéptica**, trasluce una postura de duda ante el fenómeno del conocimiento. Aunque no niega la posibilidad del mismo la duda, sin embargo, no consigue evaporarse. Para algunos el escepticismo que arrastra la duda y el desaliento es una forma de «suicidio dialéctico» (Ortega y Gasset) mientras para otros es más bien, diríamos, una muestra de sensatez; así, por ejemplo, para François Marie Arouet (1694-1778), conocido como Voltaire, «la duda no es una condición placentera pero la certeza es absurda». Y, en sentido análogo, puede ser traída a colación la siguiente recomendación de André Gide (1869-1951), Premio Nobel de Literatura de 1947: «Cree en aquellos que buscan la verdad, duda de aquellos que la han encontrado».

Como tarea pendiente deviene inevitable consignar, pues, qué actitud, o qué actitudes, habrán de acompañar a la hora de ir conformando la **práctica profesional** en un contexto que tiene que ver con la expresada articulación del discurso ético. Se trataría, por tanto, de plantearse cómo lograr cohesionar la *lógica racional*, la de los «razonamientos lógicos en sentido estricto»; con esa otra *lógica de lo razonable*, la de los «razonamientos dialécticos» y/o «retóricos o persuasivos». Repárese en que Luis Díez-Picazo, en «Experiencias jurídicas y teoría del derecho» (1987, 2ª ed.) ya distinguía, por lo menos, tres tipos distintos dentro del heterogéneo mundo de los razonamientos jurídicos: razonamientos *lógicos en sentido estricto*; de carácter *dialéctico*; y *retóricos o persuasivos*.

- 1048 **Ética de los principios (convicción) «versus» ética de las consecuencias (responsabilidad)**

La *ética de los principios* está fundada en la normatividad obligante (como si del *imperativo categórico* kantiano se tratara). El factor clave, que opera *ex ante, a priori*, es, en este sentido, la **convicción**.

La *ética de las consecuencias* está orientada, en cambio, al fin-bien (utilidad) como resultado. El factor clave, que opera *ex post, a posteriori*, es, pues, la **responsabilidad**. La ética consecuencialista cuenta, por tanto, con un sesgo marcadamente utilitarista.

Las conferencias impartidas por **Max Weber** (1864-1920) en la Universidad de Munich en 1919, «La ciencia como vocación» (*Wissenschaft als Beruf*) y «La política como vocación» (*Politik als Beruf*), resultan ser muy ilustrativas sobre el particular; y aun cuando presentan la *ética de la convicción* y la *ética de la responsabilidad* como aparentemente enfrentadas lo que Weber proponía era, sin embargo, que fuese complementaria la tensión (o el compromiso) entre el valor de la convicción (propia del científico) y la eficacia de la responsabilidad consecuencialista (propia del político).

- 1050 Puestos a establecer qué nota es la preponderante en la controversia (siquiera sea aparente) entre *convicción* y *responsabilidad* en el ámbito de las profesiones jurídicas, y, singularmente, en el de la abogacía, tal vez acabaría imponiéndose el cariz consecuencialista en razón a la proyección social que es inherente a la propia actividad profesional. Y es que aunque la **prestación de servicios profesionales** tiene como presupuesto deseable, mas no imperativo, la convicción (léase, asimismo, vocación), empero, el destinatario del servicio profesional (léase, el cliente-arrendatario que contrata con abogado arrendador de servicios profesionales) es un agente imprescindible al entablarse la relación profesional en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior convendrá fijar la atención en la **propuesta complementaria** entre una y otra toma de posición, la *convicción* del científico, por un lado, y la *responsabilidad* del político, por otro. Que es tanto como

propugnar la doble virtualidad que, siquiera sea como aspiración, debe acompañar al jurista, en general, y al abogado, en particular, al tratar de conciliar esa doble dimensión como *hombre de reflexión* y *hombre de acción*. Las últimas palabras comprendidas en la conferencia «La ciencia como vocación» pasan por ser una buena muestra de lo que se acaba de decir: «Hay que ponerse al trabajo y responder, como hombre y como profesional, a las «exigencias de cada día». Esto es simple y sencillo si cada cual encuentra el demonio que maneja los hilos de su vida y le presta obediencia».

- 1052 Lograr secuenciar, adecuadamente, el **pensamiento y la acción** para no incurrir, por falta de ponderación, en la «pura entelequia» o la «pura barbarie», será, por consiguiente, otra de las tareas que siempre tendrá pendiente cualquier jurista. Cómo lograr desempeñar su función, parafraseando a Weber, unas veces, *sine ira et studio* (es decir, sin ira ni prevención), y, otras, con *ira et studio* (esto es, haciendo gala de parcialidad, lucha y pasión). Algo así como lograr reunir las cualidades del *hombre de acción*, el **político** (pasión, sentimiento de la responsabilidad y medida) y las del *hombre de reflexión*, el **científico** (cuyas cualidades, por no llamarlas virtudes, remiten a la idea de verdad, o ciencia, y de experimento racional) y, como telón de fondo, la incertidumbre, el azar y el peligro de la vanidad.

La **incertidumbre**, léase el azar, o sea, la diosa fortuna que puede no cruzarse en la singladura profesional. Recuérdese, a este respecto, que Maquiavelo (1469-1527) oponía *virtù* a *fortuna*. y aunque la primera equivalía a la capacidad de dominar las circunstancias en función de objetivos propios, sin embargo, admitía que «...para que nuestra libre voluntad no quede anulada, pienso que puede ser cierto que la fortuna sea árbitro de la mitad de las acciones nuestras, pero la otra mitad, o casi, nos es dejada incluso por ella, a nuestro control» («El Príncipe», 1513, XXV).

Y en cuanto a ese otro peligro, siempre latente, que reviste la forma de **vanidad**, cabría señalar no solo que se trata de «una cualidad muy extendida -como subrayaba Weber- y tal vez nadie se vea libre de ella» sino también incidir en un pasaje de la Biblia (*Eclesiástés* 1, 2) que resulta harto elocuente: *vanitas vanitatum omnia vanitas* («vanidad de vanidades, todo es vanidad»).

## B. Aspectos éticos del ejercicio profesional de la abogacía

1056	1. Noción integradora de « <i>officium</i> »	1058
	2. Principios de ética profesional jurídica	1066
	3. De la ética a la deontología del abogado	1080
	4. Conciencia moral en el ejercicio de la abogacía	1100
	5. Puntos de encuentro de la ética de las profesiones jurídicas	1122

### 1. Noción integradora de «*officium*»

- 1058 Con carácter previo, parece conveniente remitirse a la noción de *officium* de la mano del célebre jurisconsulto romano Cicerón. En su obra, antes traída a colación, *De Officiis*, reaparece, de nuevo, como podrá apreciarse, la idea de deber que hace las veces de compendio de las cinco **virtudes extraordinarias** siguientes: «*Fides, Pietas, Humanitas, Reverentia*» y «*Amicitia*».

Antes de proseguir nuestro recorrido a partir de la noción de *officium*, como integradora del mencionado compendio de virtudes extraordinarias, corresponde detenerse en la concepción del **Derecho como arte**. La polémica acerca de la consideración del Derecho como ciencia, como técnica o como manifestación artística reviste, dicho sea de paso, los caracteres de todo un tema clásico de discusión. Pues bien, concentrando la atención en la anunciada concepción del Derecho como arte cabría citar, siquiera sea a título indicativo, un conjunto de variadas referencias provenientes de autores como Rudolf von Ihering (1818-1892), Biondo Biondi (1888-1966) y el romanista español Juan Iglesias (1917-2003). Como se sabe fue Ihering quien enunció la «ley de la belleza jurídica» cuyo significado sintetizó en las notas de sencillez, claridad, transparencia y naturalidad. Otro argumento provendría, a su vez, del propio título, sobradamente expresivo, de la obra del prenombrado jurista italiano, «Arte y ciencia del Derecho» (1953), que permite reenviar esta cuestión a la **definición de Derecho de Ulpiano** como *Ius est ars boni et aequi*, en la que el par *bonum et aequum* evoca lo que es «bueno» (valor moral) e «igual» (lo proporcional, lo justo). Y, en último caso, veremos cerrado este círculo de referencias con las consideradas, comúnmente, herramientas o instrumentos del jurista romano (*intuición, sensibilidad jurídica, sentido realista de la aequitas* y *experiencia*) de las que se hizo eco el profesor Iglesias en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación titulado «Espíritu del Derecho Romano» (1980) como manifestaciones, a veces insospechadas, que apuntan en la dirección señalada, esto es, en la de la confluencia entre arte y Derecho.

- 1060 Retomado el curso de la exposición tenemos que *officium* (etimológicamente: *ob facere*, «ir hacia el hacer») consiste en el «**deber hacer**», o sea, en el deber personal de llevar a cabo una actividad en pro de otros. Como enseñaba el



profesor Juan Iglesias «el *officium* es una manera de *religio*»; y la *religio officii* consiste en «la exactitud meticulosa, escrupulosa, en cumplir cada cual su obligación». «El *officium* manda -en consecuencia- que todo ciudadano sea hacendoso, cuidadoso, meticuloso, escrupuloso, amigo de que lo propio y lo ajeno estén en su punto». Y es que, ante todo, «el *officium* manda estar próximo al prójimo» ya que, en otro caso, «un no hacer nada, un darse a la buena vida -*desidia*-, un retirarse a la sombra -*vita umbratilis*-, es pecado, salvo contadas excepciones, que atenta contra esa *religio* que es la *diligentia* timbrada por el *officium*». Si, como decía Marco Aurelio (121-180), «la razón del mundo es social», no será difícil encontrar justificación para adentrarnos en un breve examen, guiado por el magisterio del profesor Juan Iglesias en el enfoque de la obra de Cicerón, de esas cinco **virtudes extraordinarias** contagiadas de la fuerza integradora de la noción de *officium*. a saber:

- 1062 1. «**Fides**»: consiste en el nexo o vínculo que se traduce, en definitiva, por la *confianza* que debe presidir las **relaciones entre los contratantes**; que es tanto como referirse, a nuestros efectos, al arrendador (léase, abogado) y al arrendatario (léase, cliente) en el seno de la relación de prestación de servicios profesionales de abogacía. Dichos servicios, aprovechemos para señalarlo, los verificará el abogado «*asesorando, conciliando y/o defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados*» (véase el art.30 del RD 658/2001, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española -EGAE-, en relación con LO 6/1985 art.542.1 -LOPJ-).
2. «**Pietas**»: el *officium pietatis* alude al **deber de afectión**; y, más en concreto, a impedir realizar actos desprovistos de justificación que puedan producir perjuicios a quien demanda los servicios profesionales.
3. «**Humanitas**»: atañe a la **dignidad**, o sea, a valorar tanto la personalidad propia como respetar la ajena; y tiene que ver, también, con la amabilidad, con la suavidad de las formas, incluso con el perdón, revelándose una vía muy eficaz para dulcificar no pocos rigores jurídicos.
4. «**Reverentia**»: alude al **respeto**, a la consideración debida entre las personas; algo que va más allá de la mera cortesía, algo que trasciende las formalidades. Habría que separar esta acepción de *reverentia* de cualquier otra en la que estuvieran presentes ideas, a veces consideradas afines, como recelo, miedo, desconfianza, reserva, temor respetuoso e incluso deferencia.
5. «**Amicitia**»: el *officium amicitiae* alude a una nota de carácter personal que está informada por la **idea de pacto**. Remite, pues, a una clase de deber personal que media, subrayémoslo, entre quien encomienda (el cliente-arrendatario) y quien acepta el encargo (el abogado-arrendador) en que consista el objeto de la prestación de servicios profesionales.

La **noción de « officium »**, en suma, quiere decir mucho más que «deber» y de ahí que haya que acudir a ese *plus* que conlleva la expresión «deber hacer». Para Juan Iglesias, parafraseando a Cicerón, «deber hacer» engloba aptitudes, y también actitudes, tales como «decir, obrar, actuar, y diligentemente, según manda lo honesto, y por el bien de cada uno y, sobre todo, por el bien de los demás». En conclusión, «deber hacer» consiste en un **haz de conductas** ejemplificada a través de la síntesis que sigue: «Hacer. Obrar. No callar. No dimitir. Y que la obra, la acción y todo lo que con ella consuene sea digno».

- 1064 En resumen, la obra de Cicerón constituye una orientación magistral si lo que se pretende es, como aspiración, **conciliar lo honesto y lo útil**, es decir, la virtud y el deber. Lograr cohesionar las elaboraciones conceptuales del pensamiento griego con la sabiduría práctica del pueblo romano (de nuevo, nos situamos ante la interacción teórico-práctica, reflexiva-proactiva...) es un mérito que deberá ser objeto de oportuna proyección.

La anunciada proyección requerirá acudir a conceptos tales como el de **diligencia profesional** o a construcciones como la de «**lex artis ad hoc**», de extracción legal y doctrinal-jurisprudencial, respectivamente. Un equipaje necesario, si no imprescindible, con miras a dotar de contenido y trasfondo dialéctico a ese horizonte de reflexión, de significación ética, que no puede situarse de espaldas ante la problematización ni proscribir el espíritu crítico.

## 2. Principios de ética profesional jurídica

---

- 1066 Las fuentes manejadas anteriormente conjugaban dos dimensiones, la dimensión aristotélica, netamente social, y la dimensión kantiana, que abría paso a la subjetividad. Pues bien, la relación de cuatro **principios de ética profesional jurídica** y su consiguiente desarrollo expositivo lo que se plantea es conciliar ambas dimensiones, objetiva-social y subjetiva-individual, respectivamente. Así pues, mientras a los tres primeros principios se les reconoce carácter objetivo (beneficencia, justicia y responsabilidad) al cuarto y último se le confiere, en cambio, carácter subjetivo (autonomía). Se pretende avanzar, pues, dicho de otra manera, en busca de la complementariedad perseguida entre la ética de los principios y la ética consecuencialista.

## 1068 Principio de beneficencia

Significa «**deber de hacer bien**». Hay que ponerlo en relación con la noción doctrinal-jurisprudencial de *lex artis ad hoc* y, asimismo, con el canon de diligencia a que se contrae lo preceptuado en CC art.1104 que se dirá sin que sea ocioso subrayar el carácter de derecho sustantivo supletorio previsto al efecto en CC art.4.3 .

La noción de «**lex artis ad hoc**» hace referencia, a propósito de la abogacía, al marco general de actuación del abogado con (doble) incidencia tanto en los principios científico-técnicos como en aquellos otros ético-deontológicos implicados en la práctica profesional de la abogacía. Un concepto que puede resultar ilustrativo, como acción de contraste, habida cuenta su proyección antagónica es el de *malpraxis*.

El **canon de diligencia** puede ser objeto de concreción a partir del tenor literal estatuido en CC art.1104 : «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

- 1070 El principio de beneficencia podrá verse complementado, como derivación pragmática, con el **principio de no-maleficencia**, y más en particular, en el caso del abogado, con no causar daños y/o perjuicios al cliente. Se advierte, pues, la concordancia con el segundo precepto del tríptico de Ulpiano, «*alterum non laedere*», cuya significación final podría encontrarse, asimismo, en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en cuyo artículo 1, por ejemplo, se afirma, apelando a la **fraternidad**, que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

La llamada a la beneficencia podrá verse completada al plantearnos trazar cuál puede ser la triple proyección que ha de concurrir en todo **buen quehacer profesional**; serán tres, efectivamente, los centros de interés que, como comprobaremos a continuación, traspasarán la propia relación profesional entre abogado y cliente; a saber:

**Abogado**; las notas de autoestima y autorrealización, además de la obtención de la contraprestación por el desempeño del encargo profesional, nutren el conjunto de aspiraciones a que se adscribe un ejercicio profesional obligado a contemporizar con el díptico *reflexión-acción*.

**Cliente**; la prestación demandada a través de cauces efectivos preestablecidos es sobre la que pivota su proyección sin descontar, llegado el caso, claro está, la eventual satisfacción de la pretensión.

**Estructura social**; los medios, adecuados, que garantizan la consecución de los *finés*, legítimos, a través del funcionamiento de las instituciones, singularmente, la administración de justicia, están orientados a preservar la paz social y, en general, a que se haga realidad la consustancial idea de orden que informa cualquier ordenamiento jurídico.

## 1072 Principio de justicia

El punto de partida podría consistir, siguiendo al Estagirita, en la distinción entre justicia correctiva y justicia distributiva.

En el ámbito de las profesiones jurídicas, aclarémoslo, habrá que referirse, predominantemente, a la primera de las versiones mencionadas, es decir, a la **justicia correctiva**; identificada con la justicia de los intercambios, con la justicia voluntaria -conmutativa- o justicia judicial. Se trata de una justicia correctora, reparadora, centrada en el parámetro de la «igualdad» («proporción aritmética») así como en la equidad contractual -o equivalencia de las prestaciones- que resulta de lo preceptuado en el **principio general de responsabilidad** a que alude CC art.1902 : «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

La **justicia distributiva**, por otra parte, tiene un marcado carácter político y, a diferencia de lo expuesto anteriormente, atiende al criterio de *mérito* («proporción geométrica»). Esta segunda versión de la justicia tiene más que ver con la llamada **justicia social**, denominación asociada a diferentes temas de interés tales como la igualdad (social, de oportunidades...), el Estado del bienestar (*Welfare State*), los derechos sociales en general, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede omitirse la consideración de la justicia -el referente axiológico a que antes se aludía con cita del primer precepto de Ulpiano, *Honestae vivere*- como un **valor superior del ordenamiento jurídico**, conjuntamente con la libertad, la igualdad y el pluralismo jurídico ( Const art.1.1 ). La justicia, citada en segundo lugar, detrás de la libertad, y antes que la igualdad y el pluralismo político, se proyecta tanto del lado de la dignidad humana ( Const art.10.1 ) como del lado de la igualdad ( Const art.14 ).

- 1074 Asimismo, deviene necesario destacar el alcance del art.24 Const , en sede de derechos fundamentales, acerca del **principio de tutela judicial efectiva** e, igualmente, la propia función social de la administración de justicia. Su **carácter gratuito**, reconocido expresamente en Const art.119 , sin embargo, no habrá de colisionar con una creciente actividad como es el *pro bono* (nº 1300 s. ); expresión que deriva del latín *pro bono publico* que se refiere a acciones realizadas «por el bien público» con que se alude al compromiso de los abogados con la comunidad (que el Centro de Responsabilidad Social de la Abogacía del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid define, por ejemplo, como «prestación voluntaria de asesoramiento jurídico gratuito en beneficio de personas o comunidades necesitadas,

menos privilegiadas, en situación de vulnerabilidad social o marginadas y a las organizaciones que las asisten, así como la prestación de asesoramiento jurídico gratuito en temas de interés público») y que viene a constituir unos de los pilares de la llamada **responsabilidad social de la abogacía**, cuyo fundamento radica, como explicita el inciso 2 de la Declaración de Madrid sobre Responsabilidad Social de la Abogacía, de 23-10-2009, en que «El abogado, como miembro de una profesión que sirve al interés público de la justicia, tiene obligaciones no solo frente al cliente, sus compañeros y otros profesionales del derecho, jueces y tribunales, poderes públicos y colegios de abogados, sino también frente a la sociedad».

### 1076 Principio de responsabilidad

El principio de responsabilidad es considerado el reverso de ese otro principio que es el principio de autonomía.

Mientras la autonomía tiene que ver con la subjetividad y se asocia, en definitiva, con la libertad -en cuyo caso, debe ser resaltada, nuevamente, su (doble) consideración como valor superior del ordenamiento jurídico ( Const art.1.1 ) y como derecho fundamental ( Const art.17 )-, la responsabilidad cobrará virtualidad -sin que sea redundante recordar, a estos efectos, el tercero de los preceptos de Ulpiano, «*Suum cuique tribuere*»-, a través de un proceso en el que habrán de estar presentes la **sensibilización y la concienciación**. Dicho proceso podrá entrar en funcionamiento a partir de los tres interrogantes siguientes:

**¿De qué soy responsable?** La dimensión personal acoge sendos principios que han sido repasados con anterioridad debiendo reparar, muy especialmente, en el alcance y significación de la noción doctrinal-jurisprudencial de *lex artis ad hoc*, así como en el canon de diligencia establecido en CC art.1104 .

**¿Ante quién soy responsable?** La dimensión compromiso se desenvuelve en tres ámbitos, claramente complementarios, que apuntan al abogado, al cliente y al conjunto de la sociedad.

**¿En virtud de qué soy responsable?** La dimensión convivencial, por último, trasciende la relación abogado-cliente y aspira a que «la fuerza de la razón de la fuerza» se traduzca en la consecución de la paz social; la idea de orden (social) se revela, pues, una vez más, como algo inherente al Derecho y, por ende, a todo ordenamiento jurídico.

### 1078 Principio de autonomía

El Principio de Autonomía es el exponente de la *dimensión subjetiva*, de corte individual, y se verifica a través de una triple secuencia en la que se sucederían, tal vez como ejercicio desiderativo, la reflexión, la convicción y, finalmente, la decisión.

La expresada tríada **reflexión-convicción-decisión** no reviste, desde luego, el carácter de *conditio sine qua non* y, bien mirado, nos llevaría, de nuevo, a las diferentes vías de articulación del discurso ético; y, señaladamente, a las controvertidas relaciones entre los principios y las consecuencias o, expresado de otra forma, a las tensiones entre medios y fines.

La noción de autonomía exige, o tiene como presupuesto, la **libertad**. Esta constituye, en sentido kantiano, el fundamento de la moralidad y de la dignidad humana al considerar a los hombres no como un *medio* sino como un *fin* en sí mismos.

Como el Principio de Autonomía apela a la **subjetividad** y está íntimamente conectado con la libertad puede conducir, o inclinarse, por tomas de posición en las que predomine la visión individualista. Precisamente para corregir y/o matizar esta querencia no podrá dejarse en el olvido esa **función social** que está presente en los anteriores principios.

## 3. De la ética a la deontología del abogado

---

1080 Un medio adecuado para presentar el tránsito apreciable entre la **reflexión teórica**, de significación ética, a la **plasmación práctica**, que es propia del discurso deontológico, podría consistir en retomar, nuevamente, a Platón y Aristóteles para establecer sendas acciones de contraste.

En el Libro VII de «La República», cuando el diálogo aborda el conocido «Mito de la caverna», **Platón** distinguía entre *Doxa* y *Episteme*, que podríamos traducir por «Opinión» y «Ciencia», respectivamente: mientras la *Doxa*-«opinión» se fragua en el interior de la caverna con la proyección de *imágenes* (sombras) y *opiniones* (objetos), la *Episteme*-«ciencia», en cambio, se manifiesta en el exterior de la caverna con la consiguiente proyección de *hipótesis* (sombras) y *principios* (objetos). **Aristóteles**, por su parte, distinguía en su *Tópica* entre lo «apodíctico» y lo «dialéctico»: mientras lo apodíctico se desenvolvía en el campo de la verdad para los filósofos (coincidente, pues, con lo «cierto incondicionalmente, válido necesariamente»), lo «dialéctico» tenía que ver con el campo de la disputa, es decir, lo meramente opinable, algo propio de retóricos y sofistas.

Las distinciones cruzadas precedentes sirven, pues, para delimitar esa tensión entre el mundo de la opinión, que avanza en clave **dialéctica**, y el de la ciencia, que lo hace en clave **apodíctica**. Esta nueva distinción añade nuevos

matices al desdoblamiento, ya comentado, entre la reflexión teórica y la praxis. Se trata, pues, de añadir nuevas vías aproximación a la tensión dialéctica que media entre la ética y la deontología con que prosigue la exposición.

#### 1082 Heptálogo sobre ética -fundamental y aplicada- y deontología profesional

Como recapitulación, en parte, del recorrido anterior y, aun cuando se incurra en reiteraciones, los siete puntos siguientes tratarán de dar concreción a la vocación de **síntesis** y al afán clarificador:

- 1) Ética y moral son expresiones equiparables; de uso indistinto -e intercambiable- en el contexto que nos ocupa.
- 2) Se considera preferible la expresión ética en detrimento del término moral; su uso está más extendido y, además, rehúye tener que contemporizar con connotaciones que pueden producir malentendidos.
- 3) Cabe distinguir entre una ética general, en singular, que también cabría denominar ética fundamental o, incluso, filosófica, y distintas variedades de éticas aplicadas, en plural, entre las que cabría mencionar a la ética de las profesiones jurídicas, y, en particular, a la ética de la abogacía.
- 4) La ética filosófica o fundamental, en general, y la ética de las profesiones jurídicas, en particular, propician un «horizonte de reflexión».
- 5) La ética de las profesiones jurídicas constituye, pues, un «horizonte de reflexión» en un ámbito -de aplicación- en el que, necesariamente, tienen que verse complementadas tanto la dimensión teórica como la dimensión práctica.
- 6) La deontología de las profesiones jurídicas, entre otras, se instala en el área del «deber ser» normativo con decidida vocación reguladora, esto es, pragmática, aplicativa. La proliferación de códigos de conducta es, en este sentido, una muestra de lo que cabría denominar deontología como «línea de acción consecuencialista».
- 7) Como conclusión, más bien propuesta, tenemos que el par complementariedad y dinamismo queda asociado a la interacción entre ética -filosófica- fundamental y ética -aplicada- de las profesiones jurídicas como «horizonte de reflexión»; y, asimismo, a la deontología de las profesiones jurídicas como «línea de acción consecuencialista».

#### 1084 Bases deontológicas de la abogacía

Una vez trazada la delimitación entre el ámbito ético y el deontológico, es momento de desbrozar en qué consiste este último circunscrito al campo profesional de la abogacía. A tal efecto, procederemos a relacionar el **sistema de fuentes** susceptibles de ser tenidas en consideración y, seguidamente, se expondrán los **principios de actuación profesional**.

#### 1086 Sistema de fuentes

Sobre las fuentes manejadas, pasan a ser relacionadas distinguiendo tres apartados; a saber:

En primer lugar, es imprescindible referirse al **Estatuto General de la Abogacía Española** ( RD 658/2001 ) que no solo contiene un amplio muestrario de principios de innegable relevancia ético-profesional sino que también, al momento de prefigurar la responsabilidad disciplinaria a que está sujeto el abogado en su ejercicio profesional, hace remisiones expresas al texto que codifica las conductas desde la perspectiva deontológica.

En segundo término, viene al caso referirse a dos textos que, provenientes de instancias internacionales, cuentan con una decidida proyección informadora. Así, es dable remitirse, de un lado, a la **Carta de Turín** sobre el ejercicio de la abogacía en el siglo XXI adoptada por la Asamblea de la *Union International des Avocats* en Sydney, el veintisiete de octubre de 2002; y, de otro, al **Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea** adoptado en la Sesión Plenaria del *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE) de 28-10-1988, modificado en las Sesiones Plenarias de 28-11-1998 y de 6-12-2002.

Y, en tercer lugar, hay que dar entrada, necesariamente, al **Código Deontológico de la Abogacía española** (aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, Pleno de 27-9-2002, modificado en Pleno de 10-12-2002), el cual debe cohonestarse con las fuentes designadas previamente; y, más en particular, conviene llamar la atención sobre su carácter normativo-imperativo (en sintonía, pues, con ese *plus*, en clave de imperatividad-coercibilidad, que corresponde reconocer a lo deontológico frente a lo ético).

#### Precisiones

Aunque el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española aprobó el texto del **Estatuto General de la Abogacía Española** en junio de 2013 para su plena adecuación a la Directiva de Servicios del Parlamento Europeo y otros aspectos más, el mismo sigue pendiente de tramitación.

- 1088 Antes de abordar lo relativo a los principios de actuación profesional del abogado, siquiera sea por su impronta introductoria, se estima oportuno hacer un bosquejo de las líneas maestras de la regulación deontológica de la abogacía española, atendiendo, especialmente, al **Preámbulo** del Código deontológico de razón; a saber:

Con carácter previo, interesa resaltar que se principia la codificación reconociendo al ejercicio profesional de abogado una **función social** y de ahí, precisamente, la necesidad de regular a nivel deontológico dicha actividad profesional. El Código, proveniente del Consejo General de la Abogacía Española, tiene la pretensión de erigirse en normativa básica; pese a lo cual nada impide que a nivel de consejos autonómicos o incluso a nivel de un colegio profesional propiamente dicho tenga lugar el oportuno desarrollo y adecuación.

En cuanto a las precitadas líneas maestras de la **regulación**, se dejan enunciados los tres grupos siguientes:

1. **Principios fundamentales** en el ejercicio de la profesión de abogado: independencia; dignidad; integridad; servicio; secreto profesional y libertad de defensa.
2. **Virtudes** que deben adornar cualquier actuación del abogado: honradez; probidad; rectitud; lealtad; diligencia y veracidad.
3. **Deberes fundamentales** de todos los abogados en el ejercicio de su función social en un Estado de Derecho: competencia; buena fe; libertad e independencia; lealtad al cliente; respeto a la parte contraria y sigilo.

#### 1090 Principios de actuación profesional

Llegados a este punto, corresponde ahora detenerse en el conjunto de principios de actuación profesional que imprimen contenido al quehacer deontológico que acompaña a la actividad profesional del abogado. A los efectos apuntados, pasamos a enunciar y exponer, sucintamente y a modo de síntesis, de acuerdo con Miguel Grande en su «Ética de las profesiones jurídicas» (2006), los tres principios, o conjunto de principios, siguientes: **independencia; honradez y veracidad; y secreto profesional.**

#### 1092 1. Principio de independencia. La independencia es, tal vez, la nota paradigmática que caracteriza a las profesiones -consideradas- liberales, y, desde luego, la que sintetiza más fielmente en qué consiste la actividad profesional de abogado.

Incluso haciendo abstracción de la calificación jurídica de la relación de servicios profesionales a que se contrae el ejercicio de la abogacía (mayoritariamente concebida como un arrendamiento de servicios - CC art.1542 s. - aun cuando haya voces discrepantes que se inclinan, más bien, por el mandato - CC art.1709 s. -) la independencia opera como presupuesto, deseable si no imprescindible, para que dé inicio y prosiga, ulteriormente, la relación profesional que se sustancia entre **abogado y cliente**. Relación profesional que suele revelarse, en la mayoría de los casos, como una relación de tracto sucesivo que precisa de un condimento, permítasenos decir, que no puede dejar de sazonar dicha relación: nos referimos, obviamente, a la **confianza**; que debe presidir las relaciones entre arrendador y arrendatario (o, si se prefiere, entre mandatario y mandante).

La confianza subsiguiente se manifiesta, por tanto, como una eventual consecuencia de la independencia originaria. Esta independencia tiene como referente primordial un valor superior del ordenamiento jurídico así como un derecho fundamental que no es otro sino -el valor y el derecho a- la **libertad** ( Const art.1.1, 17 y 20 ). Libertad para decidir aceptar y, claro está, libertad también para rechazar. El encargo profesional precisará, pues, ser aceptado, ya sea expresa o tácitamente, aun cuando lo más recomendable sea documentarlo, qué duda cabe, a través de la llamada **hoja de encargo** (nº 893 s. ).

#### 1094 Con todo, la loable independencia y el referente al valor de la libertad no puede hacernos suponer que el abogado sea alguien ajeno a las **circunstancias**, en sentido orteguiano, en que se desenvuelve; en definitiva, alguien que se sitúa al margen de su particular forma de estar instalado en el mundo y que decide aceptar y/o rechazar encargos profesionales de una manera aproblemática. Tener que adaptarse a lo que deviene inevitable, esto es, a la consecución de los medios necesarios para atender los compromisos, gastos, necesidades, etc., de la vida -de la lucha por la vida- en su acepción más ordinaria y real, hace que el valor de la independencia no pueda considerarse, si apelamos a la honestidad (o, por mejor decir, a la sinceridad) más elemental, un valor absoluto. La conocida cita *primum vivere, deinde philosophari* podrá servir, llegado el caso, para modular, si no corregir, desaciertos del tipo «Lo mejor es enemigo de lo bueno».

Reconocer que la independencia asociada a la libertad, es decir, la independencia como «prerrogativa o independencia para-», no es un valor absoluto tal como se desprende de la -ineludible- necesidad de tener que contemporizar con lo que podemos denominar los convencionalismos adaptativos. La aspiración de **independencia para optar**, o sea, para decidir rechazar o aceptar -y, en su caso, bajo qué condiciones- un encargo profesional, ha de ser analizada, pues, bajo el prisma de la cualidad residenciada en su reverso, esto es, la responsabilidad. Y así, estaremos en disposición de comprobar que el valor de la independencia para optar no se puede dissociar del ejercicio profesional responsable.

La **responsabilidad** constituye, por tanto, la piedra de toque en la relación (también podríamos decir *tensión*) entre medios y fines. En suma, la cuestión crucial estriba en determinar qué medios conducentes a qué fines confieren recto y cabal sentido al encargo profesional que constituye el objeto de la relación profesional entre abogado y cliente. Las polémicas relaciones entre la *verdad material* -o real- y la **verdad formal** ofrecen, a su vez, un perfil complementario

al eje independencia-responsabilidad en estrecha conexión, resáltémoslo, con el (doble) principio con el que prosigue la exposición.

- 1096 **2. Principio de honradez y veracidad.** Este principio bien pudiera traducirse por una segunda versión de la independencia. Si anteriormente nos hemos referido a la *independencia para-*, a la independencia como *prerrogativa*, ahora, en cambio, podríamos referirnos a una segunda acepción que podríamos denominar *independencia de-*, o, si se prefiere, a la **independencia como obligación**.

Esta segunda clase de independencia, como «independencia de-», cuenta con un claro sesgo obligacional que, al socaire de la honradez y la veracidad enunciadas, podríamos traducir, rebajando la pretenciosa grandilocuencia de estos dos principios (virtudes si atendemos a la terminología empleada al efecto por el Código deontológico), por **lealtad y diligencia**.

La **lealtad** es considerada también, como queda dicho, uno de los deberes fundamentales de los abogados. Opera ante uno mismo, con respecto a los demás (jueces, fiscales, abogados, parte contraria, etc.) y, singularmente, con respecto al cliente. Un símil que puede ser pertinente para ahondar en su adecuada exégesis podría venir determinado por esa fórmula, asociada al terreno deportivo, cual es la del *fair play*; que habría de ser puesta en relación, a su vez, con ese otro principio, análogo, cual es el de **buena fe**, ya sea desde un punto de vista supletorio-sustantivo ( CC art.7 ), ya sea desde un punto de vista supletorio-adjetivo ( LEC art.247 ).

En cuanto a la **diligencia**, habría que reenviar esta cuestión, en evitación de repeticiones, a los cánones o *standards* de actuación profesional a partir de lo ya expuesto a propósito del CC art.1104 en relación con la noción doctrinal-jurisprudencial de *lex artis ad hoc*. La tríada dedicación, información y transparencia, en un contexto en el que debe primar la actitud responsable, bien pudiera servir para fijar el contorno del ámbito de la diligencia profesional como segunda versión del Principio de Honradez y Veracidad.

- 1098 **3. Principio del secreto profesional.** El Código deontológico incluye el deber de confidencialidad entre los deberes fundamentales del abogado. Su virtualidad no queda circunscrita únicamente al deber de confidencialidad en sentido meramente deontológico sino que su vulneración, así está previsto, es merecedora de **reproche penal** ( CP art.199 ). El secreto profesional, el deber de confidencialidad o, sin más, el deber de sigilo, reviste, pues, máxima importancia al constituir un bien jurídico que se presenta como acreedor de protección por el ordenamiento jurídico penal.

No es ocioso poner de relieve cómo el secreto profesional viene a ser una especie de válvula de seguridad que sirve para anudar la cuestión nuclear de la relación profesional entre abogado-cliente, su nexo, es decir, la **confianza**; y todo ello sin perder de vista su presupuesto: la **independencia**.

Los principios de actuación profesional expuestos dan cuenta de la circularidad, así podríamos definirla, en que se instala, por acción de volver y revolver, la relación abogado-cliente. Si la **independencia como prerrogativa** («independencia para-») opera como presupuesto, una vez aceptado el encargo profesional es la confianza, mutua, recíproca, la que ha de constituir el marco de las relaciones abogado-cliente. Será la **independencia como obligación**, la «independencia de-», esa que se desenvuelve a través del par lealtad-diligencia, la que imprima el preceptivo desarrollo al encargo profesional en tanto que objeto de la relación entre abogado-cliente. Y, como cláusula de cierre, finalmente, el **secreto profesional**: que se sabe cuando comienza a desplegar efectos (por lo general, no cabe interpretar sino cuando tiene lugar la aceptación del encargo profesional) pero que, en verdad, carece de limitación temporal; de suerte que es el secreto profesional, concluyamos, el que sirve para ejemplificar esa circularidad a que antes se ha hecho referencia.

#### 4. Conciencia moral en el ejercicio de la abogacía

---

- 1100 Con carácter preliminar, se plasmará un muestrario de tomas de posiciones, provenientes de diferentes autores, que ilustrarán acerca de la significación del **ejercicio profesional de la abogacía**. La abogacía, junto con algunas otras profesiones, es -o ha sido, comúnmente, considerada- paradigma de las **profesionales liberales**; a saber:

Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946), en «El alma de la toga» (1919), se mostraba en desacuerdo con que fuera el ingenio la nota característica más relevante de la profesión de abogado; propugnaba, en cambio, que fuera la **conciencia** -como «fuerza interior»- la que constituyera su verdadera seña de identidad.

Piero Calamandrei (1889-1956), en «Elogio de los jueces escrito por un abogado» (1935), incidía en las **diferencias entre abogados y jueces** al afirmar que *Advocati nascuntur, iudices fiunt* («Los abogados nacen, los jueces se hacen»); que era tanto como delimitar el «momento dinámico» y el «momento estático» del proceso en cuya dialéctica se avanza, de modo triangular, a través del dinamismo de la tesis-antítesis y el estatismo de la síntesis. La esfera del *parecer* en detrimento del *ser* se exponía, asimismo, a través del aforismo clásico *Res iudicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum* («La fuerza de la cosa juzgada convierte lo blanco en negro y lo redondo en cuadrado»); otra forma de referirse a la metafórica «Ley Campoamor» del poeta homónimo, Ramón de Campoamor (1817-1901): «En este mundo traidor/ nada es verdad ni mentira/ todo es según el color/ del cristal con que se mira».

José María Martínez Val (1916-1999), en «Abogacía y abogados» (1981), destacaba como notas características el **honor y la nobleza** (*noblesse oblige*, valdría decir, como apostilla, con todas las reservas que fueran precedentes).

1102 Mark H. MacCormack (1930-2003), en *The Terrible Truth About Lawyers* (1987), se detenía en el aplomo como antesala de la nota de **dignidad**; que, en su opinión, debía revelarse como una dignidad eficaz. En la entradilla de la expresada obra incluía una cita atribuida a Abraham Lincoln (1809-1865) que constituye una llamada a las soluciones transaccionales y, en general, a lo que más modernamente se conoce como «sistemas alternativos de solución de conflictos» (*Alternative Dispute Resolution -ADR-*): «Desaconseja los litigios. Siempre que puedas convence a tus vecinos de que lleguen a un arreglo amistoso. Ponles de manifiesto que, a menudo, el teórico vencedor es en la práctica un perdedor... en dinero pagado por honorarios, gastos y derroche de tiempo. En tanto que conciliador, al abogado se le brinda la magna oportunidad de ser un hombre de bien. No le faltará trabajo».

#### 1104 Acepciones y rasgos del término conciencia

Una vez introducida la dimensión poliédrica que es propia de la abogacía, ejemplificada a través de las citas de los autores precedentes, llega el momento de referirse a la conciencia moral. La **conciencia moral** es un concepto que tiene que ver con los dilemas morales y, en particular, con la eventual tensión -dilemática, aunque suene redundante- que puede plantearse entre lo que se hace (o se deja de hacer) -la conducta- y lo que se piensa (sin desmerecer lo que se siente) -parafraseando el «Credo poético» de Miguel de Unamuno (1864-1936) diríamos: «Piensa el sentimiento, siente el pensamiento [...] Lo pensado es, no lo dudes, lo sentido...»-.

Siguiendo a Rafael Gómez Pérez en «Deontología jurídica» (1999, 4ª ed.), convendrá distinguir, primero de todo, entre diferentes tipologías de conciencia: *conciencia cognoscitiva*, *conciencia psicológica* y, finalmente, *conciencia moral*; a saber: mientras la **conciencia cognoscitiva** significa conocer, «tomar conciencia de algo», y la **conciencia psicológica** equivale a «consciencia», la *conciencia moral* alude al «juicio o dictamen del entendimiento que califica la bondad o maldad de una conducta», ya sea en clave comisiva, ya sea en clave omisiva.

La **conciencia moral** consiste, pues, en un concepto complejo que tiene que ver con el ámbito de lo íntimo, con la sensibilidad. Las tres citas y/o referencias siguientes contribuirán a tratar de perfilar qué quiere decir conciencia moral; así pues, desde «la voz del alma», para Jean Jacques Rousseau (1712-1778), hasta «la brújula de lo desconocido», según Victor Hugo (1802-1885), o incluso el equivalente al *superyó* de la segunda tópica freudiana coincidente, *obiter dicta*, con la instancia *preconsciente* de la primera tópica, permiten dotar de contenido y tratar de aclarar tamaña complejidad que se anuda, como queda dicho, en el ámbito de lo íntimo, en el plano de la sensibilidad. Puesto que ha hecho acto de presencia Sigmund Freud (1856-1939) no será ocioso referirse a la denominada «tercera herida narcisista» («no somos dueños de nosotros mismos») que vendría a sumarse a la «primera», con Nicolás Copérnico (1473-1543), «el planeta tierra no es el centro del universo», y a la «segunda herida narcisista», con Charles Darwin (1809-1882), «el hombre es un animal más».

1106 Siguiendo ahora a Javier de la Torre, en «Ética y Deontología jurídica» (2000), pueden distinguirse, asimismo, tres rasgos de la conciencia moral madura -susceptible de llegar a convertirse en una conciencia operativa que pueda funcionar como norma interiorizada- como son rectitud, veracidad y, finalmente, certeza; a saber: la **rectitud moral** se manifiesta en oposición a la «conciencia viciosa» y actúa con sinceridad, coherencia y autenticidad en la búsqueda de la verdad; la **veracidad moral** pretende, en oposición a la «conciencia falsa», que la conducta se adecúe a lo que algunos han llegado a llamar «verdad moral objetiva»; y, por último, la **certeza moral**, que se manifiesta en oposición a la «conciencia dudosa», constituye una adhesión firme del entendimiento a lo que conoce (seguridad subjetiva) cuando la antes mencionada «verdad moral objetiva» no se aparezca -o no se manifieste- claramente. Justo es reconocer que las antedichas alusiones a la denominada «verdad moral objetiva» no son, por polémicas, ajenas al disenso.

#### 1108 Educación y formación de la conciencia moral

Tras haber intentado describir a qué responde el concepto de conciencia moral, corresponde ahora aludir, brevemente, a su **génesis y desarrollo**, que es tanto como pretender adentrarse en un tema tan espinoso como es el de la educación y formación de la conciencia moral. Con aspiración de síntesis, casi bastará con poner en relación ambos aspectos, siguiendo esta vez, en parte, el planteamiento de Rafael Gómez Pérez, con el desdoblamiento, siempre recurrente, entre la teoría y la práctica. Con todo, no estará de más resaltar que no podrá ser otro sino un contexto de libertad -y, claro está, su reverso: la responsabilidad- el espacio idóneo para una adecuada manifestación y desarrollo de la educación y formación de la conciencia moral.

La **educación**, más apegada a la dimensión teórica, está influida, como expone Ken Robinson, con Lou Aronica, en «El Elemento» (2009), por determinadas magnitudes como son el inconsciente; la herencia genética y la experiencia individual; y sin que se pueda descuidar, asimismo, el papel de las emociones, la «sensibilidad», sobre todo al plantearse dar con el precitado «Elemento», esto es, «el punto de encuentro entre las aptitudes naturales y las inclinaciones personales». El estímulo del talento, la creatividad y la vocación artística, según la propuesta de Robinson, permitiría conectar el plano educativo de la conciencia moral con el «primer principio del entendimiento teórico» consistente en la no-contradicción.

1110 La **formación**, incidirá, por su parte, en la secuencia práctica que toma en cuenta la nota de «sinceridad» que se desenvuelve de acuerdo con el par vida-pensamiento. Es decir, cabría plantear, por un lado, la alternativa «se piensa como se vive o se vive como se piensa»; y, por otro, será apropiado recordar la famosa máxima de Gabriel Marcel (1889-1973), según la cual, «cuando uno no vive como piensa, acaba pensando cómo vive». La «formación» está relacionada, pues, con la praxis y, en concreto, con el «primer principio del entendimiento práctico» que consiste en rechazar el mal y hacer el bien (lo cual enlaza, ciertamente, con el segundo de los *Tria iuris praecepta: Alterum non laedere*).

#### 1112 Criterios a considerar en la educación y formación de la conciencia moral

Al referirnos a la educación y la formación de la conciencia moral es oportuno hacer notar que nos situamos ante un dilema al que se reconoce el carácter de dilema clásico *-¿natura o cultura?-*; es decir, habría que plantearse si estamos ante «algo» que anida en nuestro fuero interno o, por el contrario, si ese *algo* es susceptible de ser aprehendido, captado y/o asimilado. Resultará de interés remitirse al famoso psicólogo experimental Steven Pinker quien, en su obra «La tabla rasa. La negación de la naturaleza humana» (2002), apuesta por una vía ecléctica a la hora de pronunciarse sobre el secular dilema entre **natura y cultura** «pues la verdad -sostiene- se encuentra en algún lugar intermedio. En algunos casos, es correcta una explicación ambiental extrema: un ejemplo evidente es la lengua que uno habla [...] En otros casos, como en determinados trastornos neurológicos heredados, será correcta una explicación hereditaria extrema. En la mayoría de los casos, la explicación correcta estará en una interacción compleja entre la herencia y el medio».

Los criterios a considerar en la **educación y formación** de la conciencia moral siguiendo, nuevamente, la exposición de Rafael Gómez Pérez, tienen presente tres parámetros como son «Objeto, Circunstancias y Fin subjetivo»; a saber:

**Objeto;** que se refiere a la conducta (acto u omisión) susceptible de calificación ética.

**Circunstancias;** que pueden modificar la responsabilidad inherente a dicha conducta a tenor de las respuestas que se ofrezcan a los interrogantes siguientes: 1) *Quis* («quién»); 2) *Quid* («qué»); 3) *Ubi* («dónde»); 4) *Quibus auxiliis* («con qué medios»); 5) *Cur* («por qué»); 6) *Quomodo* («cómo»); y 7) *Quando* («cuándo»).

**Fin subjetivo;** que hace alusión a los motivos, esto es, a la finalidad que se persigue por parte del agente.

1114 Como derivación, a efectos prácticos, de todo lo expuesto en este apartado en relación con el **ejercicio de la abogacía** deviene relevante referirse a qué asuntos habrían de ser aceptados y, en su caso, rechazados, por quien ejerce profesionalmente la abogacía. Desde luego, son muchos los postulados teóricos que podrían esgrimirse sobre el particular, sin embargo, obvio es reconocerlo, en general, todos tienen como punto de partida -o de llegada- la tensión entre los medios y los fines. Muy posiblemente no quedará otra opción sino la del abordaje, de manera particularizada, del asunto de que se trate sin dar pábulo, sin más, a las meras disquisiciones teóricas que tienden, frecuentemente, a justificar *ex ante* -o incluso *ex post*- el *modus operandi* en que vaya a consistir la decisión *ad hoc* -como toma de posición- ante el dilema ético.

#### 1116 Referencia a la desobediencia y la objeción de conciencia

La facultad de aceptar y rechazar asuntos en un contexto de libertad-responsabilidad en el que opera como presupuesto de la relación abogado-cliente la **independencia profesional** hace de la desobediencia y la objeción de conciencia eventualidades que se consideran, en verdad, impensables.

La nota de independencia, en el marco del «principio de la autonomía de la voluntad negocial» ( CC art.1255 ), impide, por consiguiente, tanto un supuesto como el otro. No obstante, sí se pueden introducir algunos **matices** a la tajante determinación negativa que se acaba de hacer circunscribiéndolos, en un caso, al abogado que presta servicios por cuenta ajena y, en otro, al abogado de oficio.

Cuando el abogado despliega su **actividad profesional por cuenta ajena** la nota de independencia, obvio es admitirlo, no puede tener la misma impronta que cuando el abogado presta los servicios por cuenta propia. En el caso del **abogado de oficio**, también puede verse rebajada la intensidad de la nota de independencia. Sin embargo, la única posibilidad que se le brinda al abogado de oficio para rechazar un asunto nada tiene que ver con cuestiones de índole ética sino de carácter estrictamente técnico. Así, si el encargo encomendado de oficio no fuera susceptible de ser planteado -desde la perspectiva técnico-jurídica, subrayémoslo-, el profesional turnado de oficio podría decidir, en su caso, emitir un **informe de insostenibilidad de la pretensión**, según lo previsto al efecto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita ( L 1/1996 art.32 s. ) -aun cuando, como establece el art.35 *in fine* de la expresada disposición, «En el orden penal y respecto de los condenados no cabrá formular insostenibilidad de la pretensión»- con miras a que desde la instancia colegial mediara un pronunciamiento acerca de la eventual inviabilidad de la pretensión.

#### 1118 Sobre la relación del abogado con las consideradas leyes injustas

La relación del abogado con las leyes injustas alude a una hipótesis que podría guardar relación con los supuestos de **desobediencia** y con la facultad de aceptar y/o rechazar asuntos a que se ha hecho mención con anterioridad.



Según el principio general formulado por Rafael Gómez Pérez asumir la defensa en casos donde están en juego leyes injustas supone una **cooperación con la injusticia** de la ley. No obstante, otro autor, también citado previamente, Javier de la Torre, señala que «desde siempre los cambios y las reformas se han hecho desde dentro y desde fuera». Ni que decir tiene que el cariz reformista de «los **cambios desde dentro**» es el que permitiría proyectar, en el campo profesional, la actuación «en conciencia» y «a conciencia» a que se remite el ideal moral. Sostiene, prosigue el autor citado en último lugar, que «la conciencia moral no nos debe llevar a buscar un mundo puro sino a mejorar este mundo limitado e implicarnos en cuestiones a veces nada claras, desde una conciencia más responsable con las personas que desde una conciencia que busca tranquilidad y pureza de actuación».

En resumidas cuentas, la única cuestión que quedaría pendiente de dirimir es si el abogado desiste de intervenir o si, por el contrario, aun cuando se muestre discrepante, lo haga tratando de reconducir la reforma de dichas disposiciones legales haciendo una crítica «desde dentro», esto es, en el seno del propio sistema de administración de justicia.

#### 1120 A modo de recapitulación

Por cuanto queda expuesto podemos comprobar que todo cuanto tiene que ver con la conciencia moral remite, de una forma u otra, a la tensión entre **medios y fines**. Es decir, habría que plantearse, en cada caso, como ejercicio de ponderación, si «el fin justifica los medios» o si, antes al contrario, «son los medios los que justifican los fines»; una especie de reedición, expuesta en términos antagónicos, de la pugna entre el realismo-posibilista y el idealismo-garantista.

La **resolución de los conflictos** interhumanos en que interviene tan activamente el abogado no admite fórmulas mágicas ni recetas infalibles de aplicación universal. De hecho, no debe echarse en el olvido ese dictum clásico, atribuido a Séneca (4 a.C.-60 d.C.), según el cual, «*Errare humanum est, sed perseverare diabolicum*» («Error es humano, pero perseverar en el error diabólico»).

El profesional de la abogacía tendrá que remitirse, no le quedará otro remedio, al **caso concreto** y tomar su decisión ante el dilema ético que se le plantee efectuando las ponderaciones que corresponda. Se tratará, pues, de lograr conciliar los principios de la convicción con el análisis consecuencialista de la responsabilidad; y, más de lo mismo, en cuanto a ese doble escenario que atiende, unas veces, al realismo, y otras, al idealismo. Finalmente, no será redundante poner el acento en la carga de sinceridad que contiene el aforismo, ya citado, *primum vivere, deinde philosophari*.

### 5. Puntos de encuentro de la ética de las profesiones jurídicas

---

1122 Se van a ser señalar tres ámbitos en los que pueden apreciarse puntos de encuentro a propósito de la ética de las profesiones jurídicas, en general, y la ética de la abogacía, en particular. Nos limitaremos a relacionar aspectos reveladores de dicha conexión distinguiendo tres **ámbitos** como son la ética empresarial; la llamada Responsabilidad Social Corporativa (RSC), también denominada Responsabilidad Social de la Empresa (RSE), que es el término que parece haberse impuesto en nuestro país (nº 1246 s. ); y, finalmente, se hará una breve alusión a la estrecha conexión entre Ética y Calidad.

#### 1124 Ética empresarial

Pasan a ser relacionados, a título de ejemplo y, desde luego, lejos de la pretensión de exhaustividad, una serie de hitos a propósito de la promulgación de los llamados **códigos de conducta** o códigos de buen gobierno; a saber: «Comisión Olivencia»: Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de Sociedades (febrero 1998); «Comisión Aldama»: Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad de los Mercados Financieros y Sociedades Cotizadas (septiembre 2002); Ley 26/2003, de 17 de julio, cuya finalidad era reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y se hacía alusión a los «pactos parasociales» así como a la publicación del Informe Anual de Gobierno Corporativo; «Código Conthe»: Código Unificado de Buen Gobierno (2006) y la creación de los llamados «Departamentos de Cumplimiento» en las entidades financieras (cuya función principal está informada por la L 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo).

#### 1126 Responsabilidad social corporativa (RSC) o de la empresa (RSE)

En 1970, Milton Friedman (1912-2006), Premio Nobel de Economía en 1976, publicó un artículo en *The New York Times* titulado «La responsabilidad social de las empresas consiste en elevar sus beneficios». Pues bien, el concepto de RSC/RSE responde a un cambio de paradigma en comparación con la afirmación del polémico profesor de la Universidad de Chicago.

La RSC/RSE es una forma de integrar la **ética en la gestión empresarial**. Las empresas no solo habrán de estar preocupadas por la generación de riqueza, como sostenía Milton Friedman, sino que habrán de estar comprometidas con el bienestar y la calidad de los trabajadores; la preservación del medio ambiente; la ayuda a las comunidades más necesitadas; con la transparencia en la información; la transmisión de valores, etc. El desarrollo de la RSC-RSE

en España exige referirse a la creación del **Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas** a través del RD 221/2008 .

Una **definición** de RSC/RSE que podría manejarse sería la de «integración voluntaria de las preocupaciones sociales y medioambientales (fundamentalmente) tanto en el seno de la empresa como en las relaciones con los *stakeholders* (grupos de interés)». Son tres notas, por tanto, **ultralegalidad, estrategia y sostenibilidad**, las que dotan de contenido a la RSC/RSE.

1128 La traslación de la responsabilidad social al mundo de la abogacía ha tenido lugar a través del concepto de **responsabilidad social de la abogacía**. Pueden ser destacadas, sobre este particular, iniciativas como las del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid con la creación del Centro de Responsabilidad Social de la Abogacía (CRSA) y, más en concreto, la mencionada «Declaración de Madrid sobre Responsabilidad Social de la Abogacía», de 23 de octubre de 2009. Según el CRSA, «el concepto de Responsabilidad Social de la Abogacía (RSA) parte del de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) pero debe ser adaptado en función del papel esencial que desarrollamos los abogados en la sociedad garantizando el acceso a la justicia y en virtud de la conexión de la profesión con este valor constitucional. Los abogados tenemos una responsabilidad hacia la sociedad en la que trabajamos y más como profesionales íntimamente relacionados con el valor constitucional de la Justicia, acostumbrados a resolver problemas complejos, negociar, mediar y liderar. La idea de fondo de la RSA es responder al imperativo de devolver a la sociedad parte de lo que los abogados recibimos de ella. El modo de hacerlo es actuar en bien de la sociedad sin dejar de ser abogados. Ejemplos de **actividades** que encajan en el concepto de RSA serían el trabajo *Pro bono*, la acción social, la orientación jurídica, el buen gobierno corporativo, la formación, la promoción de la diversidad, la conciliación, la lucha contra la discriminación o las iniciativas solidarias o medioambientales».

### 1130 Ética y calidad

El par Ética-Calidad lo que se propone es maximizar la calidad como objetivo último de la ética empresarial y/o profesional. La gestión de la calidad constituye, pues, la culminación de un proceso, o de una metodología, en busca del **valor de la excelencia**.

Tanto la promulgación de los **códigos deontológicos** (a nivel institucional) como la de **códigos de conducta** o de actuación profesional (a nivel particular por parte de Firmas de prestación de servicios jurídicos) constituyen ejemplos de la interacción del binomio ética-calidad.

Como ejemplo de la estrecha conexión entre **ética, calidad y abogacía** puede ser citada «Scevola, Asociación para la Ética y la Calidad en la Abogacía»; entre cuyas iniciativas destaca, por ejemplo, la elaboración de un «Anteproyecto de Código Deontológico para la relación entre Jueces y Abogados» así como la creación, desde hace años, del «Premio Scevola de la Ética y la Calidad de los Profesionales Juristas».

## C. Presente y futuro de la abogacía

1132	1. Nuevo marco de la abogacía	1134
	2. Prospectiva de la abogacía	1144

### 1. Nuevo marco de la abogacía

1134 Todo apunta, según parece, a un **cambio de escenario**, probablemente irreversible, en el ejercicio de la abogacía (del despacho a la empresa, del trabajo individual generalista al colectivo especialista, multidisciplinar e interdisciplinar..., entre otros fulgurantes cambios). Es como si asistiéramos a un episodio más de la omnicomprensiva globalización que ve acrecentada una complejidad sin límites (o con unos límites que no se logran avistar o que, como poco, son tan movedizos como huidizos). Aquella famosa frase de Ortega, según la cual, «no sabemos lo que nos pasa y eso es precisamente lo que nos pasa», podría ser un buen *slogan* a la hora de plantearse exponer qué es eso que ha sido rotulado como «nuevo marco de la abogacía».

A efectos expositivos, habrá que cuestionar eso de poder quedar atrapado en la incertidumbre que desprende un dinamismo irrefrenable; no, no podrá serlo y así, decididamente, habrá que hacer el esfuerzo, con el consiguiente riesgo de incurrir en una síntesis reduccionista propiciatoria de la confusión, para citar un conjunto de **referencias claves** de la abogacía en nuestro país que resulten avaladas por textos legales *ad hoc*. Nos limitaremos, pues, a exponer el diagnóstico en cuatro fases que se verá arropado, en cada caso, como queda dicho, con la cita del texto legal que dota de cobertura a cada una de las cuatro notas características que van a ser relacionadas.

### 1136 Restricción de acceso

La Ley sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, y la normativa de desarrollo, supone, ciertamente, en comparación con la situación precedente, una **restricción en el acceso a la profesión**. Parece como si la patología puesta de manifiesto por el procesalista florentino, Piero Calamandrei, en su célebre «Troppi avvocati» (1920), constituyera la pauta principal para configurar un nuevo modelo de abogacía. El insigne jurista auscultaba la realidad procesal italiana de principios del siglo pasado atendiendo a las consecuencias, causas y remedios a partir del título-diagnóstico de la precitada obra: «Demasiados abogados». Las **consecuencias** quedaban circunscritas al malestar económico así como a la decadencia moral e intelectual de los abogados. Las **causas**, por su parte, eran asociadas, en lo fundamental, a la organización de los estudios. Y, en última instancia, los **remedios** apuntaban a un quintuplo posicionamiento; a saber: reforma de la organización de los estudios universitarios; unificación de las profesiones de abogado y procurador; organización de la práctica profesional; reglamentación de los exámenes de ingreso en el ejercicio profesional y limitación del número de abogados.

#### 1138 Laboralización (RD 1331/2006)

El Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan sus servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos introdujo la mencionada relación laboral. A nadie podrá pasarle desapercibido que las notas características de la **relación laboral** (voluntariedad, ajenidad, retribución e inclusión en el ámbito de organización y dirección de otra persona que hace suyos los frutos del trabajo) cuentan con una incidencia incuestionable hasta el punto de ver recortada, significativamente, la **independencia** como aspecto consustancial al ejercicio de la actividad profesional de abogado en sentido clásico, esto es, en su consideración de profesión liberal.

#### 1140 Mercantilización (L 2/2007)

La Ley de Sociedades Profesionales supuso un espaldarazo definitivo al **modo empresarial** en detrimento del formato clásico, valdría decir, de despacho profesional. En prueba de lo anterior bastará señalar, a título de ejemplo, que la mencionada regulación abrió la posibilidad de que las sociedades dedicadas a la prestación de servicios jurídicos pudieran integrar a socios -socios no profesionales- que no reunieran la condición de abogados ( L 2/2007 art.4 ).

#### 1142 Liberalización

El Informe sobre el sector de servicios profesionales y los colegios profesionales (Comisión Nacional de la Competencia, 2008), por fijar un antecedente no demasiado remoto, y, principalmente, la «Ley Paraguas» ( L 17/2009 , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y la «Ley Ómnibus» ( L 25/2009 , de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) prefiguran esta tendencia hacia la liberalización. Como temas candentes que no pueden considerarse resueltos, o no resueltos definitivamente, podrían citarse la eventual supresión de la reserva exclusiva de **actividad** y el carácter obligatorio de la **colegiación**.

## 2. Prospectiva de la abogacía

---

1144 Aunque la propia etimología del término abogado, *ad auxilium vocatus*, o sea «el llamado para auxiliar», acoge un significado expresivamente favorable no es menos cierto, sin embargo, que se trata de una profesión que arrastra, históricamente, el lastre del descrédito. La **desconfianza**, incluso la sospecha, que muchas veces acompaña a la figura del abogado, aunque se tratara de una imagen esperpentizada, y nada infrecuente, por cierto, proviene de diferentes flancos. Bastará recurrir a los clásicos, y a los no tan clásicos, para dar cuenta de ese clima desfavorable que nos permitirá introducir una variante de diagnóstico, y pronóstico, de la abogacía.

La **impresión general desfavorable** hacia los abogados podemos encontrarla, como hace Pablo Bieger en su semblanza de la profesión comprendida en la obra «El oficio de jurista» (2006) coordinada por Luis María Díez-Picazo, recurriendo, por ejemplo, a literatos como William Shakespeare (1564-1616): «La primera cosa que tenemos que hacer es matar a todos los abogados» y Fiódor Dostoyevski (1821-1881): «El abogado es una conciencia alquilada»; o a políticos como Benjamin Franklin (1706-1790): «Las obras de Dios sorprenden de vez en cuando: mira, un abogado honesto» y Napoleón Bonaparte (1769-1821): «Tiremos a los abogados al río».

Pues bien, una vez despejada la fuente de la sospecha o, si se prefiere, de una impresión desfavorable generalizada, convendrá aclarar que con lo que sigue a continuación no se va a tratar de recurrir, sin más, a la siempre atractiva, admitámoslo, vía crepuscular de tono apocalíptico. Motorizar el **horizonte de reflexión** requiere algo más. Sin perjuicio de lo anterior, hay que empezar por reconocer, pues a nadie se le oculta, que la abogacía ha cambiado, que está cambiando, y, desde luego, no escasean los pronósticos que subrayan los claroscuros. Una oscuridad esta

que tan bien cohonesta con la noción de secreto concurrente en el ejercicio de una actividad profesional de carácter interpersonal que hace de ella, por más que resulte paradójico, una seña de identidad resplandeciente.

Dos **reseñas bibliográficas**, una más antigua y proveniente de nuestro contexto más cercano, y otra mucho más actual aun perteneciente al orbe anglosajón, servirán para jalearse ese horizonte de reflexión a que se contrae, como cuestión de principio, todo cuanto tenga o aspire a tener significación ética. En un momento posterior, al referirnos a *la abogacía que viene*, el pronóstico quedará, digámoslo así, desbordado por la fractura que media, usualmente, entre el «ser» y el «parecer».

#### 1146 Sobre la extinción del Derecho y la desaparición de los juristas

Juan Ramón Capella, en «Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas. (Consideraciones oblicuas)» (1970), acogía una crítica que él mismo denominaba panfletaria. Ahora bien, la búsqueda de la articulación y la coherencia, a través de esbozos «utopistas», partía del convencimiento de que **todo Derecho es un mal**; «luego, acaso -como predicción desoladora- las cenizas del derecho se conserven como piezas de museo, junto a la ruca y al hombre de bronce».

Esta visión negativa del Derecho, o sea, la concepción del Derecho como un mal, aunque sea un «mal necesario», puede ser puesta en relación con la propia **imagen clásica de la justicia** en la mitología griega y, más en particular, con lo que la diosa Temis sostenía en cada mano. Dos concepciones enfrentadas, si no complementarias, se desprenden, en un caso, de la balanza, y, en otro, de la espada. La toma de posición de Capella conecta, obviamente, la idea de Derecho con la de fuerza, coerción, a diferencia de la correspondencia entre la balanza y el valor de la libertad a que se refieren otros muchos autores, pudiendo destacar, a este respecto, aquellos con reminiscencias kantianas («el Derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos»).

Más allá de la crítica inicial expuesta, Capella destacaba dos déficits de la cosmovisión jurídica sobre los que vale la pena reparar: por una parte, subrayaba, que el Derecho es **inactual**, es decir, no responde a las necesidades de la sociedad; y, por otra, que el Derecho es insatisfactorio por ser **ideológico**, es decir, pertenece a la «sobreestructura» de la sociedad y resulta, en este sentido, parcial y falseador.

1148 La crítica precedente desborda, incluso, el punto de vista del «**hombre malo**» (*Bad man*) que acogía el famoso juez Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935) en su conferencia titulada *The Path of the Law* (1897). Con todo, no estará de más incidir, como recordaba Alejandro Nieto en su discurso de investidura como *Doctor Honoris Causa* en la Universidad Carlos III de Madrid en el acto de apertura del curso 1995-96, que, como decía también el Juez Holmes, «el Derecho debe ser tratado siempre con **ácido cínico**». Constituyen una valiosa referencia, a este respecto, el considerable número de votos discrepantes suscritos por Holmes durante los treinta años (1902-1932) en los que actuó como juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Su legado podría ser el de la creación de Derecho, de las líneas principales de su teoría jurídica, desde la disidencia. ¿Y cómo, preguntémosnos, cobraba carta de naturaleza ese espíritu disidente?. Pues digámoslo así: bañando en «ácido cínico» las doctrinas judiciales que dominaban el panorama norteamericano de comienzos de siglo con miras a dejar al descubierto los intereses ideológicos servidos por la veneración del antecedente histórico y del método lógico-deductivo.

#### 1150 ¿Ante el final de la abogacía?

Richard Susskind, en «*The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*» (2008), traza un inquietante panorama de la abogacía como si fuéramos a asistir «al principio del fin» que, aunque sea entre interrogantes, no puede pasarse por alto por más que los tintes visionarios pudieran empañar el rigor que acompaña al conjunto de sus **análisis y predicciones**. Se sintetizarán, por su interés, los mencionados análisis y predicciones.

**Análisis a partir de amenazas y/o retos.** El punto de partida de Susskind consiste en relacionar las «amenazas, o retos», que conducirán a una radical transformación del abogado; a saber:

1. El **Más por menos** constituye una llamada de atención acerca de parámetros tales como la eficiencia y la inevitable caída, o rebaja, de las contraprestaciones.
2. El «**modus operandi**» que se impone revela un cambio de condiciones que supone un tránsito del modo artesanal a la mercantilización de los servicios jurídicos.
3. La adopción de las **nuevas tecnologías de información y comunicación** está cambiando, y seguirá haciéndolo, las formas de relación entre los operadores jurídicos, los clientes, etc.,...
4. Dichos cambios quedan enmarcados en una tendencia hacia la **desregulación y/o liberalización** en la prestación de servicios jurídicos.

1152 **Propósito.** Si el análisis de Susskind parte de las mencionadas amenazas o retos, su *propósito* consiste en reforzar el maridaje, el inevitable maridaje, entre el Derecho y las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs).

**Pilares.** Los pilares que sirven de fundamento a su propuesta ante un cambio radical de la abogacía en un horizonte vislumbrado entre 5 y 10 años son resumidos en los términos siguientes:

1. La **perspectiva multidisciplinar** trascenderá la especialización.
2. El **trabajo estandarizado y sistematizado** hará prevalecer los servicios jurídicos en masa y esto hará del abogado, cada vez más, un gestor del caso.
3. La **creciente mercantilización** de los servicios jurídicos pone en tela de juicio la (aparente) complejidad del entramado jurídico. Proliferarán, lo están haciendo ya, las comunidades de usuarios jurídicos *online*.
4. Hay que poner el acento en la **fase preventiva** como si se tratara de una huida, sin retorno en muchos casos (en la inmensa mayoría, a decir verdad), de la litigiosidad.

**1154 Tipologías de abogados.** Con el cambio de escenario Susskind distingue cinco categorías de abogados cuya incidencia no será en modo alguno comparable; a saber:

1. « **Expert Trusted Adviser** »; el abogado, como consejero experto e inteligentemente creativo, valdría decir, seguirá ocupando un espacio aun cuando solo sea en determinadas circunstancias.
2. « **Enhanced Practitioner** »; el prototipo de abogado inmerso en el modo estandarizado y sistematizado de operar será una categoría mucho más frecuente.
3. « **Legal Knowledge Engineer** »; esta nueva tipología, las de los abogados-ingenieros, es una consecuencia directa del impacto de las TICs.
4. « **Legal Risk Manager** »; poner el acento en la gestión del riesgo es, como se decía antes, focalizar el interés de la prestación de servicios jurídicos en la fase preventiva.
5. « **Legal Hybrid** »; la vía híbrida, ecléctica, intermedia, dispuesta a contemporizar con una situación de cambio incesante y dispuesta a digerir procesos de permanente renovación, en clave multidisciplinar, constituirá, probablemente, la categoría profesional predominante.

**1156 El futuro de la abogacía.** De acuerdo con el autor seguido su pronóstico puede quedar sintetizado en los cuatro aspectos siguientes:

1. El **servicio jurídico « online »**, augura, será el predominante;
2. La utilización de medios para la **resolución alternativa de conflictos** (léase, mediación, arbitraje, sistemas de resolución de disputas *online*, conciliación, transacción, etc.) devendrá principal en detrimento del recurso al auxilio judicial;
3. Las relaciones entre **profesionales y clientes** serán, comúnmente, de mucha mayor proximidad a diferencia de lo que solían ser; y
4. Los cambios en los **modelos de organización** en la prestación de los servicios jurídicos tendrán gran calado. Susskind distingue cuatro modelos («Objetivo» -*The Target*-; «Donut» -*The Doughnut*-; «Donut glaseado» -*The Glazed Doughnut*- y «Piñón Dentado» -*The Cog*-) y centra su atención en los nuevos cometidos que asumirán nuevas figuras como el «Responsable de Asuntos Legales» (*Legal Process Manager*) que aglutinará, a su vez, dos funciones que podrán desdoblarse: por un lado, en la de «Analista de Asuntos Legales» (*Legal Process Analyst*), y, por otro, en la de «Director del Proyecto Legal» (*Legal Project Manager*).

**1158 Predicción final que remite al principio, es decir, al principio del fin.** Si bien Susskind concluye que «mi predicción es que los abogados que no estén dispuestos a cambiar sus **prácticas de trabajo** y ampliar su gama de **servicios**, lucharán por sobrevivir en la próxima década», no es menos cierto que sus análisis y predicciones, no exentas del elemento provocación, no deberán caer en saco roto. Una última cita de Susskind orientará y reforzará ese horizonte de reflexión que es inherente a todo cuanto tenga significación ética: «Yo creo que los abogados, con el fin de sobrevivir y prosperar, deben responder de manera creativa y con fuerza a las demandas cambiantes de lo que es un mercado en constante evolución legal».

**1160 La abogacía que viene**

Por último, podría llevarse a término esta visión panorámica de la abogacía española que ha basculado, preferentemente, a través de parámetros de orden ético y, señaladamente, deontológico, cuyo presupuesto podría tener en cuenta el aforismo *Nulla esthetica sine ethica* y, por qué no, también su contrapunto, *Nulla ethica sine esthetica*. Y es que, a decir verdad, el tránsito que media entre el *ser* y el *parecer* se revela como una delimitación consustancial del discurso jurídico y, por ende, de la forma de ser/estar y del quehacer del abogado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional. **Ser y parecer**, por lo tanto, guardan estrecha relación con la más elemental noción de diligencia profesional; mas no solo desde la perspectiva técnico-jurídica, en sentido estricto (ya sea en su vertiente sustantiva, ya sea en su vertiente adjetiva), sino también atendiendo a todo aquello que tenga un trasfondo ético-deontológico.

## D. Anexo documental. Siete decálogos y un heptálogo de ética profesional jurídica

1162 A modo de colofón y, en especial, para contribuir a reforzar el «horizonte de reflexión» a que se remite cualquier instancia con significación ética, pasan a reproducirse los documentos de ética profesional jurídica recopilados en la obra de José María Martínez Val que se reseña: «Abogacía y abogados. Tipología profesional. Lógica y oratoria forense. Deontología jurídica», prólogo de los Excmos. Sres. Duque de Maura y doctor Antonio Pedrol Rius, Barcelona, Bosch, 1990, págs. 289-293 y 269-271.

### 1. Decálogo de San Ivo (1253-1303)

---

- 1164 **I.** El abogado debe pedir ayuda a Dios en sus trabajos, pues Dios es el primer protector de la Justicia.
- II.** Ningún abogado aceptará la defensa de casos injustos, porque son perniciosos a la conciencia y al decoro profesional.
- III.** El abogado no debe cargar al cliente con gastos excesivos.
- IV.** Ningún abogado debe utilizar, en el patrocinio de los casos que le sean confiados, medios ilícitos o injustos.
- V.** Debe tratar el caso de cada cliente como si fuese el suyo propio.
- VI.** No debe evitar trabajo ni tiempo para obtener la victoria del caso que tenga encargado.
- VII.** Ningún abogado debe aceptar más causas de las que el tiempo disponible le permite.
- VIII.** El abogado debe amar la Justicia y la honradez tanto como las niñas de sus ojos.
- IX.** La demora y la negligencia de un abogado causan perjuicio al cliente y cuando eso acontece, debe indemnizarlo.
- X.** Para hacer una buena defensa el abogado debe ser verídico, sincero y lógico.

### 2. Decálogo de San Alfonso María de Ligorio (1696-1787)

---

- 1166 **I.** Jamás es lícito aceptar causas injustas porque es peligroso para la conciencia y la dignidad.
- II.** No se debe defender causa alguna con medios ilícitos.
- III.** No se debe imponer al cliente pagos que no sean obligados, bajo pena de devolución.
- IV.** Se debe tratar la causa del cliente con el mismo cuidado que las cosas propias.
- V.** Es preciso entregarse al estudio de los procesos a fin de que de ellos se puedan deducir los argumentos útiles para la defensa de las causas que son confiadas a los abogados.
- VI.** Las demoras y negligencias de los abogados son perjudiciales a los intereses de los clientes. Los perjuicios así causados deben, pues, ser reembolsados al cliente. Si no se hace así, se peca contra la Justicia.
- VII.** El abogado debe implorar el auxilio de Dios en las causas que tiene que defender, pues Dios es el primer defensor de la Justicia.
- VIII.** No es aceptable que el abogado acepte causas superiores a su talento, a sus fuerzas o al tiempo que muchas veces le faltará para preparar adecuadamente su defensa.
- IX.** El abogado debe ser siempre justo y honesto, dos cualidades que debe considerar como a las niñas de sus ojos.
- X.** Un abogado que pierde una causa por su negligencia es deudor de su cliente y debe reembolsarle los perjuicios que le ocasione.

### 3. Decálogo de Eduardo J. Couture (1904-1962)

---

- 1168 **I. Estudia.** El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado.
- II. Piensa.** El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.
- III. Trabaja.** La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la Justicia.
- IV. Lucha.** Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.

**V. Sé leal.** Leal con tu cliente al que no puedes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez que ignora los hechos, y debe confiar en lo que tú le dices y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.

**VI. Tolera.** Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

**VII. Ten paciencia.** El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

**VIII. Ten fe.** Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho; en la Paz, como sustitutivo bondadoso de la Justicia; y sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz.

**IX. Olvida.** La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras llenando tu alma de rencor llegaría un día en que la vida sería imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

**X. Ama tu profesión.** Trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que sea abogado.

#### 4. Decálogo de Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946)

---

1170 **I.** No pases por encima de un estado de tu conciencia.

**II.** No aceptes una convicción que no tengas.

**III.** No te rindas ante la popularidad ni adules la tiranía.

**IV.** Piensa siempre que tú eres para el cliente y no el cliente para ti.

**V.** No procures nunca en los tribunales ser más que los magistrados, pero no consientas ser menos.

**VI.** Ten fe en la razón que es lo que en general prevalece.

**VII.** Pon lo moral por encima de las leyes.

**VIII.** Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.

**IX.** Procura la paz como el mayor de los triunfos.

**X.** Busca siempre la Justicia por el camino de la sinceridad y sin otras armas que las de tu saber.

#### 5. «Advocatorum Decalogum» de Reinaldo Temprano Azcona (1911-1954)

---

1172 **I.** *Nunquam transibis conscientia tuas mores.*

**II.** *Nunquam cominisceris certitudinem, qua careas.*

**III.** *Nec coram populo genuflexio, nec coram tyranno claudicatio.*

**IV.** *Memento Semper: Tu clienti, non ille tibi.*

**V.** *Un Curiis nunquam conaberis plus esse quam Magistratu, sed non minus.*

**VI.** *Pro certo habe ut ratio, quantis sit diu, semper praevallet.*

**VII.** *Sit prius aequitas quam lex.*

**VIII.** *Cura pacem, ut valde maximum triumphorum.*

**IX.** *Tecum cogita quod optimus codex sensus communis est.*

**X.** *Semper quaere, per integritas viam iustitiae ut sint leges tantum-modo armae.*

#### 6. Decálogo del abogado de Ives Granda Da Silva Martins (Río de Janeiro, 1987)

---

1174 **I.** El Derecho es la más universal de las aspiraciones humanas, pues sin él no hay organización social. El abogado es su primer intérprete. Si no considerases tu profesión como la más noble sobre la tierra abandónala, porque no eres abogado.

**II.** El Derecho abstracto apenas gana vida más que cuando es practicado. Y los momentos más dramáticos de su realización ocurren en el consejo de las dudas que suscita y en el litigio de los problemas que provoca. El abogado es el promotor de las soluciones. Sé conciliador, sin transigencia de principios y batallador, sin treguas ni liviandades.

Cualquier gestión solo se cierra cuando es fallada en el tribunal y, hasta que esto ocurra, el cliente espera de su abogado dedicación sin límites.

**III.** Ningún país es libre sin abogados libres. Considera tu libertad de opinión y la independencia de juicio los mayores valores del ejercicio profesional, para que no te sometas a la fuerza de los poderosos y del poder o desprecies a los flacos e insuficientes. El abogado debe tener el espíritu del legendario Cid Campeador español, capaz de humillar a los Reyes y de dar de beber a los leprosos.

**IV.** Sin el Poder Judicial no hay Justicia. Respeta a los Jueces como deseas que los Jueces te respeten. Solo así, en un ambiente noble y altanero, las disputas judiciales revelan, en su momento conflictual, la grandeza del Derecho.

**V.** Considera siempre a tu colega adversario imbuido de los mismos ideales de que tú te revistes. Y trátalo con la dignidad que la profesión que ejerces merece ser tratada.

**VI.** El abogado no recibe salarios, sino honorarios, porque los causídicos, que vivieron exclusivamente de la profesión, eran de tal forma considerados que el pago de sus servicios representaba honra admirable. Sé justo en la determinación de tus servicios, justicia que podrá llevarte incluso a no pedirles nada, si es legítima la causa y sin recursos el lesionado. Pero es tu derecho recibir justa paga por tu trabajo.

**VII.** Cuando los gobiernos violentan el Derecho no tengas recelo en denunciarlos, incluso cuando persecuciones sigan a tu postura y los pusilánimes te critiquen por la acusación. La historia de la humanidad solo se acuerda de los valientes que no tuvieron miedo de enfrentarse a los más fuertes y olvida y estigmatiza a los cobardes y aprovechados.

**VIII.** No pierdas la esperanza cuando el arbitrio prevalece. Su victoria es solo temporal. En cuanto fueses abogado y luchares por recomponer el Derecho y la Justicia cumples tu deber y la posteridad será agradecida a la legión de pequeños y grandes héroes que no cedieron a las tentaciones del desánimo.

**IX.** El ideal de la Justicia es la propia razón de ser del Derecho. No hay Derecho formal sin Justicia, sino solo corrupción del Derecho. Hay derechos fundamentales innatos en el ser humano que no pueden ser negados sin que sufra toda la sociedad. Que el ideal de la Justicia sea la brújula permanente de tu acción, abogado. Para esto estudia siempre, todos los días, a fin de que puedas distinguir qué es lo justo de lo que solo aparenta ser justo.

**X.** Tu pasión por la abogacía debe ser tanta que nunca admitas dejar de abogar. Y si lo hicieras temporalmente, mantente en la aspiración al retorno a la profesión. Solo así podrás decir a la hora de la muerte: «Cumplí mi tarea en la vida. Perseveré en mi vocación. Fui abogado».

7. Decálogo de moral profesional general presentado por José María Martínez Val en el I Congreso Nacional de la Unión Profesional (Madrid, abril de 1983)

---

**1176 I. Dignidad.** Primera obligación del profesional titulado es sentirse portador de la dignidad de su profesión, mediante una conducta irreprochable en ella, guiada por la conciencia recta y responsable.

**II. Verdad.** Como titulado con formación intelectual estás ante todo al servicio de la verdad, mediante su estudio, investigación, y su aplicación a la vida.

**III. Servicio.** Te debes a tu cliente, o a quien emplea tu trabajo, con dedicación y decisiones adecuadas al encargo o empleo, pero sin comprometer la libertad de tus criterios, como corresponde a la esencia de tu profesión.

**IV. Sociedad.** No olvides que como profesional desempeñas siempre una función social. No hagas nunca dictámenes, proyectos ni decisiones que puedan resultar antisociales.

**V. Compañerismo.** Mantén relaciones de respeto, afecto, solidaridad y colaboración con tus compañeros de profesión, y de acatamiento y disciplina con los órganos representativos de tu colegio profesional.

**VI. Lealtad.** En el trabajo sé siempre leal, ofreciendo cuanto sabes y puedes, aceptando críticamente las aportaciones de los demás y respetando y aceptando las decisiones del grupo y de los jefes responsables de asumirlas, en definitiva.

**VII. Respeto a las demás profesiones.** En las relaciones o colaboraciones interprofesionales respeta los principios, metodologías y decisiones que tienen, como propias y específicas, las demás profesiones, aunque debes conservar en todo caso la libertad de interpretación y aplicación desde tus propios fines y objetivos.

**VIII. Secreto profesional.** Mantén siempre, desde la normativa y tradiciones de tu profesión, y conforme a la Ley, el sagrado derecho/deber del secreto profesional, con solo las excepciones, muy limitadas, que se justifiquen moral o legalmente.

**IX. Remuneración.** Cuando haya normas legal o colegialmente establecidas atente rigurosa y escrupulosamente a ellas. En caso de discrepancias procura el arbitraje o regulación colegial, que cuida en general de la dignidad y la responsabilidad que las profesiones tituladas merecen.



**X. Colegialismo.** Mira en el colegio lo que realmente es: un ámbito de convivencia entre compañeros, un órgano de representación y defensa de legítimos intereses profesionales y una garantía de defensa de la Sociedad, por medio de la exigencia y el compromiso de una prestación profesional competente, eficaz, digna y responsable. Por eso es deber muy esencial de todo profesional estar siempre bien dispuesto a la disciplina y a la colaboración dentro del colegio.

## 8. Heptálogo del abogado de José María Martínez Val (1916-1999)

---

1178 I. Ama la justicia como virtud y norte de tu profesión.

II. Busca siempre la verdad en los hechos y en sus pruebas.

III. Orienta tu conocimiento y la interpretación y aplicación de la ley con ánimo crítico de perfección.

IV. Guarda respeto al juez, puesto por la sociedad para realizar la paz por el derecho.

V. Auxilia con decisión, lealtad y secreto a tu cliente, que deposita en ti su confianza.

VI. Da a tus compañeros la estimación que merecen: luchan como tú mismo por el derecho y la justicia.

VII. Ordena tu ejercicio profesional con dignidad, valor, independencia y libertad.

## Bibliografía

- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*.
- Aristóteles, *Política*.
- Aristóteles, *Tópica*.
- Bentham, Jeremy, *Deontología o ciencia de moral*. 1834.
- Biondi, Biondo, *Arte y ciencia del Derecho*. 1953.
- Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. 1935.
- Calamandrei, Piero, *Troppi avvocati*. 1920.
- Capella, Juan Ramón, *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas. (Consideraciones oblicuas)*. 1970.
- Cicerón, Marco Tulio, *De Officiis*.
- De la Torre, Javier, *Ética y deontología jurídica*. 2000.
- Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 1987, 2º ed.
- Díez-Picazo, Luis Mª (Coord.), *El oficio de jurista*. 2006.
- Etxeberria, Xabier, *Temas básicos de ética*. 2002.
- Fernández-Galiano, Antonio, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. 1982.
- Friedman, Milton, *La responsabilidad social de las empresas consiste en elevar sus beneficios*. 1976.
- Gardner, Howard, *Verdad, belleza y bondad reformuladas. La enseñanza de las virtudes del siglo XXI*. 2011.
- Gómez Pérez, Rafael, *Deontología jurídica*. 1999 4ª ed.
- Grande, Miguel, *Ética de las profesiones jurídicas*. 2006.
- Iglesias, Juan, *Espíritu del Derecho Romano*. 1980.
- Justiniano, *Instituciones*.
- Kant, Immanuel, *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?*. 1784.
- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1785.
- Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*. 1788.
- Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*. 1787.
- Kant, Immanuel, *Crítica del juicio*. 1790.
- MacCormack, Mark H., *The Terrible Truth About Lawyers*. 1987.
- Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*. 1513.

- Martí Mingarro, Luis, *El abogado en la historia. Un defensor de la razón y la civilización*. 2001.
- Martínez Val, José María, *Abogacía y abogados*. 1981.
- Martínez Val, José María, *Abogacía y abogados. Tipología profesional. Lógica y oratoria forense. Deontología jurídica*. 1990.
- Ortega y Gasset, José, *Ideas y creencias*. 1940.
- Ossorio y Gallardo, Ángel, *El alma de la toga*. 1919.
- Pinker, Steven, *La tabla rasa. La negación de la naturaleza humana*. 2002.
- Platón, *La República*.
- Prieto, Fernando, *Manual de historia de las teorías políticas*. 2006.
- Robinson, Ken y Aronica Lou, *El Elemento*. 2009.
- Sánchez de la Torre, Ángel, *El Derecho en la aventura europea de la libertad*. 1987.
- Susskind, Richard, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. 2008.
- Weber, Max, *La ciencia como vocación*. 1919.
- Weber, Max, *La política como vocación*. 1919.
- Whitehead, Alfred North, *Proceso y realidad*. 1929.
- Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*. 1944.

CAPÍTULO 2

## Compromiso social de la abogacía: responsabilidad social corporativa y «pro bono»

1200	A. Exigencias sociales y rol social del abogado	1202
	B. Responsabilidad social corporativa	1246
	C. Trabajo «pro bono»	1300

### A. Exigencias sociales y rol social del abogado

1202	1. Sociedad de libertades y derechos	1204
	2. Roles, expectativas y obligaciones: la función social del abogado	1216
	3. Nuevas responsabilidades del rol social de abogado	1232

#### 1. Sociedad de libertades y derechos

1204 No cabe duda de la **importancia social** del abogado. Sin embargo, es frecuente que este perfil quede oscurecido o incluso desaparezca, invadido por otros cercanos, como el económico o el moral. De ahí la necesidad de interrogarse acerca del papel que desempeña el abogado en la sociedad.

Ante todo, el abogado es un **actor social**, es decir, que desarrolla acciones sociales y, por lo tanto, que interactúa. Como otros actores, en efecto, su actividad descansa en otras actividades, en el sentido de que tiene como referente, inspirador o destinatario otro comportamiento. La formación de una retícula de recíprocas acciones sociales genera, a su vez, un entramado paralelo de expectativas sociales y, más en el fondo, de normas, de obligaciones y prohibiciones. Esta idea, que responde a la sencilla concepción de la sociedad como acción social, propia de Weber, permite formular al menos dos interrogantes, estrechamente relacionados entre sí, relativos a la **actividad del abogado**:

- a) Qué se espera del abogado desde el punto de vista de la sociedad.
- b) Qué acciones desarrolla en función de estas expectativas.

Dejando de lado que se espera del mismo un cierto dominio técnico del ordenamiento jurídico, una cierta honestidad y una cierta contención y proporción en la fijación de honorarios, el problema se resuelve en la cuestión de la **función social** del abogado.

## 1206 Conflicto social

El abogado actúa en función de un determinado tipo de conflicto social, muy específico, que **no genera ni soluciona él mismo**, sino en el que, por el contrario, se ve envuelto, al mismo tiempo que otros actores. Dicho conflicto es resultado de interacciones sociales concretas que tienen lugar en el seno de la sociedad y que, además, es inevitable cuando alcanza un punto determinado. La especificidad del conflicto consiste en que diferentes actores deciden (o no tienen más remedio que) **someter sus diferencias a normas**, renunciando así a una solución particular y privada. Por otra parte, la especificidad de la intervención del abogado consiste en el carácter indirecto de la misma, por no verse afectado directamente en el conflicto, ni en su persona ni en sus intereses.

Estas características son esenciales desde el punto de vista jurídico, aunque también lo sean desde otros puntos de vista, y tienen importantes consecuencias en relación con la función del abogado. Lo que se espera de él tiene que ver con el **rol de abogado** que se establece y admite socialmente. Para continuar con el paradigma sociológico de la acción social, hay que advertir que este rol, y su correspondiente *estatus*, dependen de la posición social que se ocupe. Más adelante trataremos de perfilar algo más la posición social del abogado, hoy en franca transformación. De momento, es preciso tomar conciencia de que el **conflicto** constituye el espacio social en el que el abogado desarrolla su actividad. Por este motivo hay que demandarse, primero, en qué consiste el conflicto y, en seguida, cual es la **acción** que el abogado lleva a cabo en este escenario.

Naturalmente, en sistemas sociales evolucionados, progresivamente complejos, los conflictos son también **progresivamente complejos**, cada vez más variados y más abundantes. Por supuesto que no todos son material de la acción del abogado. En la medida en que son los protagonistas del conflicto los que deciden someterse a normas de carácter jurídico, solamente interesan aquellos que se pueden encuadrar en el marco general del derecho, de las normas y de las instituciones jurídicas; y dichos conflictos tienen siempre la calidad de ser públicos, independientemente de que su contenido sea privado o público, así como de la índole particular o no, de los que se ven afectados.

- 1208 En principio, un conflicto es una **desviación social**, y una desviación social no es más que la traición de una expectativa, esto es, la no realización de un comportamiento que se espera de, y que pesa sobre, algún individuo, desde una inocente extravagancia, un suspenso en los estudios o dar muerte de una persona. Toda sociedad dispone de mecanismos de reforzamiento de la conducta conforme, es decir, mecanismos que aseguran que no existan desviaciones o que existan en la menor cantidad posible, ya que en ello el grupo se juega su capacidad de integración social y su supervivencia misma. Tales mecanismos son sumamente variados. Comprenden los premios y los castigos, la exclusión social, los espacios de descarga de la tensión social, etc. El conjunto de estas técnicas, organizadas e institucionalizadas de diferentes formas dan lugar a los **sistemas de control social** de los que el Derecho es probablemente el más importante, por la capacidad de vincular a aquellos mecanismos (como los castigos o la exclusión), el uso de la fuerza dando lugar, históricamente, a penas corporales o de muerte, cárcel, etc.

## 1210 Conflicto social y expectativas sociales

Por consiguiente, todo conflicto social en el sentido en que aquí nos interesa, es una desviación social, aunque, como es evidente, no toda desviación llega a convertirse en un conflicto. Para dar cuenta de una idea lo más precisa posible de conflicto debemos partir de que la sociedad que estamos resumiendo aquí a través de la acción social es una **sociedad de individuos**. Aunque estos se constituyan en formas plurales, agrupaciones o colectivos, todo ellos están dotados de una unidad material o de fines cuya base y modelo es siempre individual, en el sentido de que se constituyen según ese modelo y actúan socialmente como reflejando la interacción individual, con independencia de cuál sea su forma de constitución o sus finalidades, culturales o económicas. De momento, esto supone que las expectativas de comportamiento social se dirigen tanto a individuos físicos como a grupos, y por lo tanto, que tanto sobre los abogados como sobre sus grupos, sean colegios profesionales o consejos forenses, pesan determinadas expectativas y funciones. De ahí el **carácter corporativo** que el conjunto de los abogados en general y cada uno en particular, presentan como marca social.

Ahora es conveniente destacar que este espacio social en el que interactúan todos los individuos es un espacio de libertad, en el que cada uno dispone de una autonomía en lo que se refiere a la elección y decisión de sus conductas. Es decir, gozan de una **autonomía de voluntad** que es entendida como libertad de cada uno. Desde este punto de vista se trata de un espacio de libertad que es universal, sin el cual la convivencia se hace inconcebible en la modernidad. Ahora bien, en el ejercicio de estas libertades se producen inevitables enfrentamientos y oposiciones. Esto quiere decir que así como las expectativas se traicionan, la interacción no siempre es pacífica. Pero, al igual que ocurre con las desviaciones sociales, o incluso en mayor medida, es necesario mantener la retícula de las interacciones, para lo cual es preciso restablecer **equilibrios sociales** que aminoren el conflicto y que aseguren la coordinación.

- 1212 No obstante, estos equilibrios y contrapesos, por su propia naturaleza, son limitativos de la libertad originaria. Por esta razón, uno de los problemas más arduos del mundo moderno ha sido el de encontrar fórmulas, sobre todo políticas, ya que no morales, que permitan combinar la existencia de la **libertad** con su **control** y reequilibrio. Porque, ciertamente, cualquier limitación de aquella libertad original constituye una represión de la misma y un ataque a la autonomía del

querer. Así, al menos simbólicamente, se asigna un fundamento contractual a la vida social, la cual sería fruto de un convenio o pacto realizado entre los propios individuos que, en el uso de su libertad, acuerdan las limitaciones necesarias para minimizar los conflictos y, sobre todo, los riesgos. De esta manera, las limitaciones se legitiman bajo la forma de las **autolimitaciones**. Dicho de otra manera: el carácter normativo que recorre la base de las expectativas sociales significa, en definitiva, que cada uno actúa en la sociedad en el ejercicio de sus libertades, o sea, de sus derechos, pero sometido a determinadas y puntuales restricciones.

Aunque no es este el momento de cuestionar y, en su caso criticar, el valor de este modelo de convivencia, es evidente que a pesar de todo la vida social no se desarrolla en ausencia de **conflictos y enfrentamientos**. El propio modelo de las libertades y de la autonomía de la voluntad hace utópica semejante esperanza. Desde el punto de vista de la estricta realidad de la vida social, pues, el conflicto se hace inevitable. En él, se oponen derechos, es decir, decisiones, libertades en definitiva, por la sencilla razón de que cada una de ellas, tomadas individualmente, considera que no merece la represión necesaria establecida, siendo, por el contrario, el ejercicio de una libertad legítima y aceptable por todos los demás. Así pues, cada sujeto entiende que su libertad (su acción) no está sometida a ninguna clase de represión, venga de otro individuo, de un grupo o institución, sea pública o privada, cualquiera que sea su contenido, físico, económico, etc., al menos, en ese caso concreto.

1214 En esta visión, pues, el Derecho se presenta como el marco dentro del cual es posible la libertad, en cuanto que fuera del mismo no se puede ni organizar ni procesar la misma. Las instituciones jurídicas, en efecto, establecen la «forma», y no tanto el contenido, en que la libertad se pone en la realidad; o sea, los **procesos de libertad**. Esta concepción formalista y mediadora es coherente con ese perfil individualista y autónomo de la sociedad moderna, y por ello, permite comprender mejor lo fundamental de la función del abogado. Porque, si bien en el mundo premoderno los juristas, como jurisconsultos (denominación que no deja de ser significativa), tenían como objetivo alcanzar la justicia, en la **sociedad contractualista** el abogado se ocupa de la forma en que el particular expresa su subjetividad libre y autónomamente, en coincidencia con otras manifestaciones y con las leyes que fijan los estándares de regulación o normalización de las acciones individuales.

## 2. Roles, expectativas, obligaciones: la función social del abogado

---

### 1216 Acción social y rol social

El conflicto social, como conflicto de libertades en el que se enfrentan decisiones y derechos de diferentes individuos y grupos, constituye el marco de acción del abogado. La presencia social del abogado, entonces, está conectada sociológicamente con el Estado moderno, como superación del sistema feudal estamental en el que el abogado compartía su posición social con clérigos y cortesanos. Solo con la aparición de los particulares, de los **intereses particulares**, cobra sentido la profesión de abogado. Sociológicamente, una profesión es una clase de ocupación diferenciada, o la prestación de unos servicios diferenciados. Esto hace innecesaria la vocación o la trascendencia de la acción; pero no excluye, sin embargo, la presencia de **elementos corporativos**, en el sentido de que:

- a) Comprende la lealtad hacia otros colegas.
- b) Comprende acciones sociales tendentes a conservar el crédito social del grupo profesional.
- c) El elemento corporativista en un mercado poco simétrico comporta ciertas ventajas.
- d) El peso de la organización y del control de la profesión socialmente considerada es muy importante. De esta manera, junto a los conocimientos del abogado hay que tener en cuenta la profundidad y extensión de su presencia, pues siempre se actúa en un marco social.
- e) Todo lo cual requiere ejercicios de autolimitación, entrando en la categoría de las reglas del trato social.

En realidad, la profesionalidad del abogado constituye un instrumento para **evitar la anomia en sociedad**. El propio Durkheim se refirió a la estrecha relación existente entre abogados y Estado, en el sentido de que este último prestaba protección y apoyo a las corporaciones de los primeros debido a la disciplina social a la que contribuían

Independientemente de esta circunstancia, los abogados se visualizan sociológicamente por su rango social, por sus ingresos, por el rol desempeñado, por el prestigio social que la sociedad les atribuye o, en virtud del elemento estamental y corporativo indicado, que ellos mismos se atribuyen.

1218 Lo que permite definir la profesión del abogado es la prestación habitual de un servicio de carácter técnico de forma capacitada y públicamente. En concreto, su **actividad** se desenvuelve en dos planos:

1º) Inmediatamente, el abogado debe **dar forma al conflicto**. En el fondo, todo conflicto es una confrontación de pretensiones que han de considerarse preferentemente más que desde el punto de vista de la materia a la que se refieren, desde el ángulo de su corrección, ya que cada contendiente posee una pretensión de rectitud, al considerar que lo que sostiene (su decisión, su acción libre) es correcta y racional. En estas condiciones, dar forma al conflicto significa que el abogado ha de aclarar y dimensionar los derechos y libertades que han colisionado. Para ello,

desarrolla una actividad básicamente técnica y de **asesoramiento**: informa, ofrece alternativas, proyecta resultados, ensaya futuras acciones... Se trata de un servicio que se realiza de acuerdo con la ley, cuya función se ha indicado ya. Sin embargo, no hay que pasar por alto que esta operación de definición se lleva a cabo en atención a una de las partes, que es precisamente su cliente, en el lugar del cual, en cierto modo, se pone. Pues el abogado actúa siempre **a instancia de parte**, por lo que determinará la forma del conflicto que sea más beneficiosa para su representado, en el sentido de que sea la que mejor permita confirmar la rectitud o corrección de su pretensión. Pero por este motivo también, al tratarse de una dimensión parcial, la conformación que lleva a cabo será necesariamente parcial. Todo ello indica que el conflicto tiene diferentes enfoques, lo cual está ya en el ánimo del abogado, que debe contar con que, quizás, la otra parte tenga algo de razón, por lo que se abre un horizonte de posibilidades en el que se hace necesario un proceso de comunicación, información, explicación, que hará posible la discusión ulterior, e incluso, que sea necesario renunciar, negociar, pactar (de ahí el aforismo de que «más vale un mal acuerdo que un buen pleito»).

1220 La presencia de este componente de **parcialidad**, así como el **carácter técnico de la actividad** del abogado no oculta la importancia social (aunque no solo social) de su función:

a) En primer lugar, permite que el conflicto sea **identificado jurídicamente**, lo que supone una economía de tiempo y de dinero, al excluir los conflictos irrelevantes desde el punto de vista jurídico. Pero igualmente permite que sea identificado socialmente, lo que le coloca en el espacio de lo público.

b) En segundo lugar, ofrece un **marco común** dentro del cual la discusión es posible, aun cuando los límites del mismo no sean definitivos, dependiendo de otras definiciones y dimensiones llevadas a cabo por las demás partes.

En todo caso, este es un punto que no siempre es aceptado pacíficamente por la sociedad, que tiende a considerar que la parcialidad del abogado significa que se han asignado por su parte unas dimensiones incorrectas al debate, al actuar interesadamente; no obstante lo cual, por razón del peso del **elemento corporativo** antes indicado, se acepta que en cuanto profesional se mueve dentro de la función que le es propia. Nótese, en este sentido, los efectos sociológicos de una consideración puramente deontológica de la profesión de abogado: la absolución de un sujeto considerado socialmente delincuente genera la ambigüedad del rechazo social, por un lado, y del reconocimiento del trabajo del abogado, por otro.

Asistimos, en este primer momento a la **institucionalización del objeto litigioso**, que no es realizada únicamente por el abogado, como se desprende de su propia naturaleza. Pero su importancia es tal que llega a condicionar el segundo plano del cometido de letrado.

2º) En efecto, si el abogado da forma, inmediatamente, al conflicto es con el **objetivo de defender a su cliente**. Aunque las denominaciones aquí sean diversas, como «letrado» o la propia de «abogado», la percepción social más primaria de su función es la de «defensor» de derechos, de intereses, de libertades, de ciudadanos, en definitiva. Por consiguiente, existe una estrecha relación entre la definición y la defensa de las pretensiones del cliente. Y, si el anterior plano de la información presenta un carácter eminentemente técnico, en este se pone inmediatamente al servicio de unos intereses particulares.

1222 En este punto es en el que se hacen plenamente visibles las expectativas que acompañan al rol de abogado. Se encuentra, ciertamente, a medio camino entre la ley, el Estado, al que debe lealtad, y los intereses de su cliente, al que debe igualmente lealtad. En la defensa de los **intereses del cliente** el abogado comienza por ponerse en lugar del mismo, por lo que la defensa va unida a la representación. Pero además, comprende una **pluralidad de acciones** diferenciadas:

a) **Asesorar**: preparación de borradores de contratos, testamentos y otros instrumentos jurídicos.

b) **Prevenir**: advertencia de riesgos y consecuencias de decisiones y acciones emprendidas y realizadas.

c) **Aplicar e interpretar normas**, determinación de doctrina y jurisprudencia adecuada.

En todo ello se da una corrección profesional que supone un ajuste del rol social correspondiente, de tal manera que, en cierto modo, es el rol el que determina la deontología profesional, siendo aquí de la máxima importancia las **costumbres y los usos del grupo**. En este sentido puede decirse que son las acciones las que justifican el rol, en cuanto que justifican la organización y contenidos de la actividad del abogado, sus obligaciones y derechos, esto es, las expectativas que pesan sobre él. Lo principal, en todo caso, es que tales acciones mantengan la confianza del cliente.

1224 **Contenido del rol de abogado**

Puede caracterizarse desde dos ángulos:

a) En una perspectiva general, la **acción** del abogado es:

- pública;

- confidencial;

- parcial;
- retórica.

**b)** Desde una perspectiva más específicamente relacionada con la **defensa de intereses**:

- deben derivar de la función profesional;
- deben ser instrumentalmente necesarias: adecuadas;
- no deben tener alternativas mejores;
- no deben implicar violación de las normas jurídicas.

## 1226 Modelos sociales de abogado

Son deducibles a partir de dos consideraciones:

**1)** Por la **justificación** del rol (modelos de justificación), punto en el que pueden distinguirse:

- el **experto**: basado en los conocimientos, es sobre todo un modelo corporativo;
- el **contractual**: el abogado ofrece sus servicios en un mercado profesional, siendo su relación con el cliente totalmente individualista; es un modelo contractual;
- el **comprometido**: vinculado a las expectativas sociales.

**2)** Por los cometidos mencionados anteriormente, que permiten tipificar en dos modelos la **actividad y la función social** del abogado:

- por una parte, está el **abogado continental o legalista**, también llamado, a veces, prusiano o contencioso, en el que aparece como un órgano de la justicia;
- por otra parte, habría un modelo de **abogado americano o adversarial**, también llamado litigante, que se configura como un agente o mandatario del cliente.

Interesa destacar aquí el posible **conflicto de lealtades** que puede producirse en la acción del abogado, un conflicto que, a su vez, da lugar a una inconsistencia frecuentemente aprovechada por una crítica social naturalmente borrosa pero altamente eficaz. Ello se debe a que cada uno de estos modelos contiene un núcleo, una esencia, de verdad: en el primero, el abogado se presenta como estudioso del Derecho, de la ley, de la jurisprudencia, es decir, como un actor caracterizado por su preparación técnica que coadyuva a la realización de la justicia junto con otros profesionales, que es tanto como decir, a la aplicación correcta de la ley; más que defender al cliente, el abogado aquí defiende la ley y actúa en su nombre. En el segundo modelo, el abogado se presenta como un representante que defiende lo particular, actuando en nombre de su cliente, lo que comporta un perfil innovador y transformador de la propia ley.

Más en el fondo aún, encontramos el motivo de esta inconsistencia en la **ambigüedad** que recorre tanto un modelo como otro, en el sentido de que en realidad asistimos a una inconsistencia del sistema normativo mismo, y no ya del actuar de los letrados. Si bien por un lado el abogado se relaciona con la ley, al mismo tiempo ha de trascenderla, con lo que su labor es, inevitablemente transformadora y legitimadora del Derecho a un tiempo.

**1228** La tensión de la figura de abogado y de sus modelos puede constatarse en un principio, sumamente laxo, desde luego, que se puede encontrar, como guía de conducta, entre algunos *barrister* norteamericanos dedicados al derecho penal: «Yo no pregunto a un hombre - dicen estos - si es inocente o culpable. Cuando empiezo a representarle acepto su dinero y me encargo de su defensa. Culpable o inocente tiene derecho a su día ante el Tribunal; pero si averiguo que uno de mis clientes era verdaderamente culpable sin tener justificación moral ni legal, obligaría a mi cliente a declararse culpable y a confiar en la clemencia del Tribunal».

Como puede apreciarse, hay en este principio un predominio, explicable, del **rol adversarial**, que da preferencia a los intereses particulares del cliente y solamente recurre a la ley como mecanismo último de corrección. Esta recomposición y defensa de la pretensión de rectitud del cliente que hace suya el abogado teniendo como límite la ley se inscribe en el paradigma clásico de la ciencia jurídica, concretamente, de la dogmática. En el **paradigma dogmático** formulado por Ihering hace casi dos siglos, se sitúa la inconsistencia de fondo del sistema mencionada, porque da por sentada la plenitud del ordenamiento jurídico, de modo que la labor de los juristas, incluidos los abogados, debe limitarse a la descripción de las normas. Pero en la medida en que los sistemas normativos carecen de plenitud, se presentan casos para los que no se dispone de decisión alguna. En estas condiciones, la técnica se presenta bajo la doble vertiente de la descripción y la decisión, del conocimiento y de la acción, mediante la que los abogados justifican socialmente su función. Paradigmas más recientes, como el de la Escuela Económica del Derecho, centrados en la propiedad (*property rights*), según el que, por ejemplo, el contrato es desafiado por los gastos de transacción, siguen, a pesar de todo, la misma línea de la dogmática como mecanismo de legitimación.

**1230** Pero, en última instancia, el reconocimiento y respeto del rol social del abogado no se cuestiona por el hecho de defender intereses particulares. Más allá de los abogados caros se asume que institucionalmente les compete la

defensa de los intereses que les son encomendados. Ello incluye las acciones necesarias para mantener la confianza del cliente. Y en la medida en que esto se logra se contribuye al mantenimiento del sistema de administración de justicia, a la garantía del derecho de defensa y a la efectividad de los derechos y libertades, amén de asegurar la concordia social. Por lo tanto, el problema no es, desde este ángulo, que quiebre el sistema del Derecho, ya que de esto no responde el abogado; la falta de respeto de la sociedad en la justicia sería **responsabilidad de los jueces y de otros profesionales** que no mantienen su correspondiente rol institucional, consistente en la imparcialidad. La parcialidad del abogado debería ser, por el contrario, socialmente asumible sin dificultad.

### 3. Nuevas responsabilidades del rol social de abogado

---

#### 1232 Condiciones de ejercicio del rol social de abogado

Sin embargo, la sociedad no siempre entiende la parcialidad del cometido del abogado, haciéndole responsable del resultado que considera inaceptable según sus estándares. Dejando de lado el espinoso problema de la influencia de los medios de comunicación y de la manipulación de la opinión, lo cierto es que la **responsabilidad social del abogado** es una cuestión sumamente delicada, que exige la aclaración previa de ciertos puntos:

a) La expectativa que pesa sobre el abogado se resume, como se ha dicho en el **asesoramiento y defensa** del cliente dentro de los límites de la ley. Esto significa que el abogado es responsable de engañar, traicionar o abusar de la confianza de su representado. Hay normas deontológicas precisas a este respecto. Igualmente, tampoco puede violar la ley o realizar acciones que supongan su fraude o incumplimiento.

b) Según lo anterior, el abogado se mueve en un contexto dialógico, o a lo menos polémico, lo que exige que ha de argumentar sus decisiones, entrando en vías racionales de discusión. Por tanto, es responsable de imponer su voluntad ejerciendo la coacción, las amenazas u otro tipo de presión, tanto en relación con su cliente, con la parte contraria o con los demás profesionales. En la disputa, en efecto, tiene lugar una **redistribución de roles sociales altamente formalizada**; en cierto modo, el proceso social se trasplanta a un escenario jurídico.

c) En el juego al que acaba de hacerse referencia, la **retórica** representa un elemento de primer orden. Hay que tener esto muy en cuenta porque su objetivo no es el de hallar la verdad, que está sometida a condiciones que establece el propio sistema, sino el de la satisfacción de expectativas, contribuyendo a la institucionalización de las mismas. El **resultado que se pretende es normativo**, pues, y no cognitivo.

1234 d) El conflicto, pues, debe solucionarse, lo que requiere una decisión (sea «fazaña», sentencia, laudo, etc.). Pero esta solución es la que requiere imparcialidad, razón por la cual se exige la presencia de otros actores. En realidad, se trata de una **solución cooperativa**: no se basa en un acuerdo ni en un entendimiento (al menos en la fórmula litigiosa) acerca de hechos. Mediante informaciones, interpretaciones, estándares probatorios, justificaciones, se accede, a través de la comunicación y la discusión a diferentes posibilidades relativas a las interacciones y las pretensiones de rectitud que se consideran, con lo que el resultado responde a imperativos funcionales de carácter social.

Esta delicada y compleja actividad genera un horizonte de **responsabilidades** en el abogado altamente relevantes, hasta el punto de que suele ocurrir que, al contrario de lo que se ha advertido, se exima al sistema de responsabilidad y se atribuya al abogado la carga de que el Estado no cumpla con la expectativa de castigar al culpable o de que el proceso se haya desarrollado irregularmente (o de ambas cosas a la vez).

#### 1236 Cursos de acción y prospectivas

En esta situación, acentuar el rol del abogado legalista resulta ilusorio. Porque este modelo está dando por supuesto que va más allá de una única respuesta correcta, y que podemos considerar un «mejor curso de acción» mediante el que el Estado debe **castigar a los culpables**. De este punto de vista, el abogado traicionaría esta expectativa al impedir que se lleve a cabo dicho curso de acción adecuado. Socialmente, la incertidumbre, o la falta de evidencias, no alteran esta expectativa de castigo al culpable, con independencia de que el resultado de la defensa sea el éxito o el fracaso; de la misma manera que no se discute, como exigencia que hace posible la convivencia social la **defensa del acusado**, algo que conlleva, a su vez, la conciencia de que no es solamente el abogado el que está al servicio de la ley, sino también otros operadores. Y sin embargo, es el abogado el que se percibe como obstructor del curso del proceso (pruebas, debate, etc.).

Podría decirse que esta misma inconsistencia que se encuentra en la base del rol de abogado se sitúa en la valoración social de la profesión. Pero, precisamente porque esta tensión se reproduce en el contexto esencialmente profesional, sería posible una solución en la que se combine el respeto a la ley y la defensa de intereses particulares. Así, no puede darse por sentado que la existencia de «un mejor curso de acción» sea un hecho, sino más bien una **prospectiva**. Quiere decir que la expectativa no consiste simplemente en condenar al culpable; estamos ante el problema de absolver a personas que tienen la posibilidad de ser culpables, pero igualmente, de ser inocentes, debiendo medir dicha posibilidad en base a las evidencias que surgen del proceso, a la confianza que despierta y a su disponibilidad

según las reglas que rigen el litigio. Haciéndolo así, el abogado contribuye ya a que el sistema jurídico sea capaz de realizar la expectativa que pesa sobre él, al mismo tiempo que defiende a su cliente.

1238 Porque, en definitiva, el abogado desaprensivo que no pone en juego las evidencias que posee acerca de la culpabilidad de su cliente constituye, ante todo, un problema del sistema jurídico, evidenciando de esa manera sus defectos, y no tanto del rol profesional. En la medida en que el curso de acción es prospectivo, pues, el objeto de la discusión no es hallar la verdad, sino la **satisfacción de las expectativas**, de manera coherente con que el resultado que se busca es normativo más que cognitivo. Es cierto que este punto es entendido socialmente como un problema que se carga a la función del letrado. Pero ello es precisamente lo que genera la inconsistencia entre el rol social de abogado y la percepción social general de la profesión: un conflicto de asignación de roles y, por tanto, de responsabilidades: expectativas que pueden confrontarse en la acción adversarial (aunque no solo).

#### 1240 Transformaciones sociales de las expectativas de la función de abogado

Todas estas dificultades entrañan por consiguiente dificultades de comprensión que, además, se ven agravadas por la concurrencia de importantes y **recientes transformaciones** sociales como, sin ánimo de exhaustividad, la explosión demográfica, una educación progresivamente más extensa, alteraciones urbanísticas, crecimiento de las instituciones, masificación universitaria, incremento de las profesiones, complejización de los roles sociales... Todo esto ha modificado las funciones y las expectativas que pesan sobre la profesión de abogado y, consecuentemente, su responsabilidad social. El resultado más inmediato es que las nuevas incorporaciones al sistema profesional tienen como objetivo conseguir lo que antes se les negaba; pero como en la medida en que se trata de un bien a disposición de todos, esto no se logra, se produce una frustración paradójica.

En efecto, en estas condiciones el **estatus de abogado** ya no depende tanto del título, independientemente de que este sea el de licenciado, graduado o máster, como del capital social de que se disponga, lo que, a su vez, depende de la posición social detentada previamente, sea familiar o personal. Paradójicamente, por lo tanto, el acceso a una formación superior proporciona menos prestigio. A esto se suman otras circunstancias, como el peso social de los nuevos elementos curriculares, que se encuentran vinculados a los planes de estudios de los diferentes centros, escuelas o facultades. Estos elementos se orientan a la formación, en el sentido de que se refieren a la recepción de información sistemática; pero también se orientan a la adquisición de habilidades sociales, a la presencia del futuro profesional en ambientes económicos o culturales. En fin, a la «visibilidad» del rol social de abogado.

#### 1242 Reestructuración social y nuevos cometidos

Como consecuencia de todo ello, se produce una nueva estratificación. La distinción entre «abogado de ricos» y «abogado de pobres» no es, sin embargo, nueva. Está documentada, por lo menos desde que se llevaron a cabo los primeros trabajos de sociología jurídica desarrollados en estados Unidos y en Italia. Pero sí merecen recientemente una mayor atención unas **especies nuevas de inconsistencia**:

**a)** La de la **formación**, que se dividiría entre un modelo clásico, bien legalista, bien litigante, y un modelo menos sometido a reglas imperativas, más social, por así decir. En definitiva, la diferenciación entre una preparación para la litigación *versus* una preparación para el arbitraje y, sobre todo, la mediación, la negociación, el pacto.

**b)** La que se refiere a la asimetría de las **demandas del mercado social**.

Todas estas tensiones dan lugar a que, cada vez en mayor medida, el abogado se forme fuera de la **universidad**. Porque hay demasiadas leyes, que han sustituido a los escasos códigos tradicionales; porque el Derecho se ha fragmentado en una multiplicidad de ámbitos espaciales, internacionales, locales, con la subsiguiente delincuencia de los Estados en cuanto que existen instancias que se apartan de él y actúan sobre él; porque se han fragmentado los propios ámbitos materiales, con la aparición de nuevos derechos fundamentales y nuevas demandas sociales que dan lugar a la constante especialización y variación legislativa. Por último, no es posible una institucionalización de las soluciones, en cuanto que todo es susceptible de ser mejorado, proliferando las regulaciones sectoriales y los pactos de buena voluntad.

1244 Por consiguiente, las clásicas funciones, y roles, de asesorar y defender, e incluso la vieja función clásica del Derecho mismo de control y sanción, centradas en la aplicación coercitiva de las normas y en el litigio, pierde el lugar preeminente que había venido ocupando, entrando en escena **nuevos cometidos**, entre los que cabe señalar:

**a)** La función **facilitativa** (sobre la que llamó la atención Hart), consistente en la capacidad de proporcionar instrumentos para la consecución de objetivos, una actividad que termina siendo más importante que el propio conflicto, al acercarse más a la integración social.

**b)** La función **garantista**, explicable por el número cada vez más elevado de derechos que hacer valer.

**c)** La función **persuasiva** (Atienza), según la cual el abogado (y el jurista en general) se convierte en un agente de integración y relación.

Puede apreciarse, por lo tanto, la **complejidad y variedad** del campo de la responsabilidad social del abogado. Debemos subrayar el carácter potencialmente contradictorio de esta responsabilidad. Pero será el desarrollo de la



sociedad y la emergencia de nuevos movimientos sociales lo que confirme o corrija el rol del letrado, sus funciones, sean las clásicas o las recientemente adquiridas y, correspondientemente, sus responsabilidades de cara al auditorio social que, además del legal, le es propio.

## B. Responsabilidad Social Corporativa

1246	1. Concepto	1248
	2. Responsabilidad social corporativa y gestión eficiente de la actividad	1264
	3. Políticas de responsabilidad social corporativa y su gestión	1290

### 1. Concepto

1248 En este capítulo nos referiremos a la responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC). No haremos mención a los debates respecto de la mejor denominación o nomenclatura de entre las diversas que se proponen (por ejemplo, responsabilidad social empresarial, responsabilidad corporativa, etc). Nuestro objetivo aquí no es otro que proporcionar al lector una aproximación sustantiva y material, más allá de la denominación que cada empresa prefiera adoptar para referirse al conjunto de **políticas, procesos y actuaciones** que incorpore a la gestión responsable de su actividad.

#### 1250 Propuesta de una aproximación amplia. Deshacer malos entendidos

Es aun bastante común pensar en la RSC como algo que conlleva añadir acciones y obligaciones a la actividad que realiza la empresa. Además, no en pocas ocasiones, se propone una visión que, por parcial, no sería correcta de que tales acciones son aquellas de **carácter puramente filantrópico**. Esta perspectiva, además de sesgada, favorece las críticas a la RSC y perjudica a su credibilidad, no sin cierta razón (Enron era una de las empresas norteamericanas que más dinero destinaba a filantropía corporativa).

Hablar de RSC es hablar de gestionar el negocio teniendo en cuenta los intereses de aquellos que, de un modo u otro, se ven afectados por la actividad de la empresa. Desde esta primera aproximación uno puede pensar que la RSC es poco más que una obviedad. En un entorno económico y empresarial regulado como el que nos movemos en Occidente, y en Europa en particular, no hay empresa que no deba tener en cuenta los intereses y derechos económicos y financieros de sus **accionistas, trabajadores, clientes y proveedores**.

Es necesario pues, dar un paso más en la definición de la RSC. En esencia, la RSC plantea la proyección en la actividad empresarial de valores éticos y morales sociales orientados hacia la sostenibilidad. La RSC representa una **forma de hacer en la empresa** privada que permite establecer puentes entre las racionalidades económica (rentabilidad de la actividad) y social (efectos de la actividad en su entorno social y medioambiental).

1252 Podemos encontrar muchas definiciones de RSC. El **Libro Verde de la Comisión de la UE** define la RSC como: «La integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores» (Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, de 18-7-2001 (COM (2001) 366 final).

En España, el «**Foro de Expertos de RSE**» (grupo de trabajo permanente constituido por el Gobierno español en 2005 e integrado por expertos representantes del sector público, el sector empresarial, organizaciones de la sociedad civil y de la Universidad) ha definido que: «la RSC se refiere a cómo las empresas son gobernadas respecto a los intereses de sus trabajadores, sus clientes, proveedores, sus accionistas y su impacto ecológico y social en la sociedad en general, es decir, a una gestión de la empresa que respeta a todos sus grupos de interés y supone un planteamiento de tipo estratégico que debe formar parte de la gestión cotidiana de la toma de decisiones y de las operaciones de toda organización, creando valor en el largo plazo y contribuyendo significativamente a la obtención de ventajas competitivas duraderas».

1254 Por su claridad y simpleza, la definición de **CSR Europe** (red empresarial europea constituida en 1995 para difundir la RSC en Europa y globalmente e integrada por 70 multinacionales y 36 organizaciones nacionales) quizás sea la más ilustrativa: «La responsabilidad social corporativa no constituye adición ni un acto de filantropía. Una empresa socialmente responsable es aquella que lleva adelante un negocio rentable, teniendo en cuenta todos los efectos ambientales, sociales y económicos -positivos y negativos- que genera en la sociedad».

Como denominador común a las diversas definiciones cabría destacar que:

La RSC tiene como **objetivo** contribuir al desarrollo sostenible. En este sentido, partimos del reconocimiento de que el desarrollo tiene una dimensión económica pero también social y medioambiental. El desarrollo completo solo es posible si se logra el equilibrio entre estas tres dimensiones. Frente a visiones más cortoplacistas, hoy hay una conciencia cada vez más extendida de que la generación actual tiene la obligación, frente a generaciones futuras,

de dejar suficientes **recursos sociales, medioambientales y económicos** para que puedan disfrutar, al menos, del mismo grado de bienestar que nosotros. En esencia, el desarrollo sostenible requiere a empresarios y directivos de empresas que velen para que el crecimiento de la empresa no se consiga a costa del progreso, la discriminación social y el deterioro del medio ambiente.

1256 En términos prácticos para cada empresa, la RSC significa incorporar a las decisiones de **gestión del negocio** y alinearlas con los **intereses de las partes** afectadas por negocio, a través del diálogo, la transparencia y la rendición de cuentas. Desde la perspectiva de la RSC, las partes afectadas por la empresa (los denominados «grupos de interés»), ya no son solamente los accionistas, los trabajadores y los clientes contemplados desde una perspectiva estrictamente económica, sino también la **sociedad en general** (la presente y la futura) y todos los anteriores contemplados desde una perspectiva social y medioambiental.

#### 1258 Dimensión ética

La RSC parte de concebir a la empresa, no como un ente abstracto que se sitúa frente a la sociedad, sino como una organización de personas que participa y es miembro de la sociedad y que con su actividad proyecta unos **valores éticos y morales**. Cuando hablamos en este contexto de ética y moral (o de valores éticos y morales) nos referimos a la **ética cívica**, es decir, a ese mínimo de valores y normas que los miembros de una sociedad comparten, con respecto a los cuales ninguna sociedad quiere retroceder y que son compartidos al margen de creencias religiosas y sobre una base democrática y de libertad. Hablamos de honradez, de igualdad, de respeto a la persona y de todos sus derechos y libertades fundamentales, de solidaridad, de generosidad, del respeto a las normas y leyes, de velar por el bienestar del mañana, etc.

Por tanto, hablar de RSC conlleva admitir que la empresa es también una **institución social**, en contraposición con la idea de la empresa como institución solamente económica. Por esto no admitimos que una empresa realice su actividad en infracción de los derechos humanos en países cuya legislación local no los reconoce; o tenga políticas discriminatorias o actuaciones deshonestas o, simplemente, pretenda competir y evolucionar óptimamente en el mundo actual sin escuchar y respetar los proyectos de sus empleados, colaboradores, clientes, proveedores o de la comunidad en la que desarrolla su actividad.

1260 Desde este nuevo plano hablamos de la empresa como «ciudadano corporativo» con **deberes y responsabilidades éticos** (además de los legales y profesionales, es decir, aquellas obligaciones y deberes establecidos en las leyes o en los códigos de conducta y normas que regulan una determinada profesión). Éticos porque atribuyen a la empresa funciones y responsabilidades que van más allá de la concepción tradicional de generar productos y servicios de calidad que cubran necesidades materiales concretas de los consumidores conforme a las leyes y a cambio de un precio y generando beneficios para los propietarios, es decir, creando riqueza estrictamente económica en su entorno. Hoy a la empresa, por su condición de institución social, se le pide algo más: que cumpla su función económica no solo sin dañar, sino además, creando valor para la sociedad de hoy y la de mañana.

Esto no significa que la empresa deje de ser empresa, es decir que deje de maximizar su beneficio y valor. Significa que, a la empresa, **la sociedad** le exige, cada vez en mayor medida y con mayor presión, ser una empresa en su acepción económica (creando valor económico) en conexión con los valores éticos sociales y participando en la sociedad y el entorno en el que realiza su actividad.

#### 1262 Dimensión estratégica

Desde un enfoque estrictamente estratégico, la RSC es el camino que construye la **reputación** de la empresa y alimenta su **competitividad**. Este es un propósito que la empresa responsable persigue legítimamente en el mundo económico actual. La razón es bien comprensible: hoy sabemos que los clientes son sujetos de evaluación más que sujetos de consumo. Es decir, el cliente ya no juzga a la empresa siempre ni solamente por el precio y la calidad del servicio o producto que adquiere de ella, sino también por el comportamiento y la participación de la empresa en la sociedad y su entorno. Lo mismo hacen el empleado y el entorno social desde sus respectivos ámbitos (V. Guédez, «La esencia ética de la reputación y de la responsabilidad social» Boletín CIES Noviembre 2010). La **gestión socialmente responsable** de la actividad permite prevenir riesgos, innovar, retener talento, dar valor añadido al producto o servicio ofrecido, competir mejor y construir y gestionar la reputación empresarial.

Para que ese resultado o legítimo propósito reputacional y competitivo se logre, la RSC debe ser entendida como un **proceso estratégico** y, por tanto, permanente, cuyo objetivo final es contribuir a la sostenibilidad. De ahí que la RSC es RSC solamente si se integra en la gestión de la actividad de la empresa englobando el quehacer diario, de modo que deviene un proceso en continua y permanente evolución, conectado a los **valores éticos y morales** sociales y con la vista fijada en el desarrollo del negocio de forma sostenible. La reputación no se alcanza una vez y para siempre, sino que se alimenta de la forma en que uno actúa diariamente.

### 1264 Objetivos de la gestión socialmente responsable de la actividad

Cuando hablamos de desarrollo sostenible estamos en un **ámbito macroeconómico**: el desarrollo sostenible es el resultado de la suma de los comportamientos responsables de los actores económicos, sociales y políticos de todo el mundo. El desarrollo sostenible es un objetivo a alcanzar.

Cuando hablamos de RSC bajamos al **plano microeconómico** donde el sujeto relevante es la empresa. Desde la óptica de la RSC analizamos cuán eficiente es su comportamiento desde la perspectiva del desarrollo sostenible. La RSC es la de cada empresa, en cada uno de sus momentos, circunstancias y lugares donde desarrolla su actividad. La RSC no es un objetivo en sí mismo, sino un proceso integrado en la estrategia de cada negocio. Podemos entenderla como **una manera de ser y actuar** de la empresa que contribuye a la sostenibilidad y que tiene como resultado directo la creación de un capital de confianza con los grupos de interés.

Para comprender la relación entre RSC y gestión eficiente de la actividad empresarial se propone visualizar a la empresa como una organización de personas que desarrolla no un conjunto de actos o actividades aisladas que se suman para producir un resultado final, ya sean productos o servicios, sino un **conjunto de actos y actividades** que satisfacen de forma equilibrada los intereses de los distintos grupos de interés solamente si se integran como partes interconectadas de un proceso único del que resulta el producto o servicio que la empresa ofrece. De esta manera el producto o servicio incorpora la responsabilidad misma de la empresa.

- 1266 Desde esta perspectiva se ha propuesto (I. Vidal en «Desarrollo sostenible, responsabilidad social corporativa y partenariado», Boletín CIES julio 2005) asociar la RSC con el concepto económico de **eficiencia global**: las tareas esenciales de una organización económica son coordinar las acciones de los diferentes agentes individuales de tal manera que formen un plan coherente, y motive a los agentes a que actúen de acuerdo al plan. Valoramos a las organizaciones según lo bien que satisfagan los deseos y necesidades de la gente, es decir, de acuerdo a su *eficiencia*.

En el contexto de **desarrollo sostenible**, la eficiencia se evalúa bajo cuatro perspectivas distintas: la de los accionistas, la del mercado y la empresa (sus empleados, clientes, acreedores, proveedores), la de la sociedad y la de las futuras generaciones. La empresa sostenible es eficiente en cada una de estas cuatro perspectivas. Cuando la empresa actúa en base a un comportamiento eficiente, de **eficiencia global**, es cuando hablamos de empresa responsable. Y así hoy, el concepto de «excelencia» o de «eficiencia global» se sitúa en criterios de satisfacción de los intereses no solo de alguno o algunos sino de todos los grupos de interés de la empresa. A modo de ejemplo: el **modelo EFQM de Excelencia** (*European Foundation for Quality Management*) señala que «la excelencia consiste en alcanzar resultados que satisfagan plenamente a todos los grupos de interés de la organización».

- 1268 La empresa ha desarrollado grandes esfuerzos, técnicas y conocimientos en conseguir **altos niveles de eficiencia** con sus accionistas, con sus clientes y con sus directivos y trabajadores, es lo que se denominan las eficiencias financiera y económica. Desde la RSC la empresa se propone de forma consciente conseguir que la sociedad en general y las nuevas generaciones también consideren a la empresa como organización que está satisfaciendo sus necesidades. La empresa responsable se propone que todos los grupos de interés la perciban como organización eficiente para cada uno de los intereses o utilidades que existen en un momento dado en una sociedad determinada.

Pero no nos engañemos. Aún hay resistencia a reconocer que el mercado y la sociedad demandan un **comportamiento socialmente responsable** a las empresas. Desde un punto de vista estrictamente económico se dice que, solo si hay demanda en el mercado habrá comportamiento responsable en la empresa que opera en él (*doing good for doing well*). Frente a estas tesis, se apela al sentido y convicción ético para contrarrestar una visión tan economicista de la RSC (*doing good for doing good*), pero incluso desde la primera posición habrá que reconocer que los tiempos empujan al reconocimiento que, en mayor o menor medida, la demanda de un comportamiento socialmente responsable existe y, por tanto, la empresa que quiera sostenerse en el tiempo, deberá dar respuesta a esta demanda.

- 1270 Y es que, aunque a menudo sea a través de un comportamiento reactivo más que proactivo, el mundo empresarial reconoce que existen crecientes **grupos de presión** que afectan a la reputación y competitividad de las empresas. Así a través de organizaciones diversas (Change.org; Greenpeace, Amnistía Internacional o Intermon-Oxfam por poner solo algunos ejemplos), las políticas medioambientales y laborales, los procesos de producción y demás aspectos del negocio de las empresas y sus efectos sociales son objeto permanente de escrutinio y denuncia pública, causando efectos en los consumidores, el mercado y la sociedad en general. Ejemplos de ello los tenemos en la denuncia de la explotación infantil en talleres subcontratados por empresas como Nike, el uso de materiales tóxicos en la producción de la industria textil, o la reciente campaña «Tras la marca» de Intermon-Oxfam que evalúa el **impacto social y medioambiental** de diez grandes empresas de alimentación y bebidas en el sistema alimentario mundial.

## 1272 Grupos de interés

Los grupos de interés son el catalizador del circuito estratégico en las organizaciones: estas -normalmente- **reaccionan** frente a los intereses, expectativas y demandas de quienes consideran son sus *stakeholder*.

El concepto de parte afectada o grupo de interés de la empresa ha evolucionado, pasando del *shareholder* al *stakeholder*. En los **años 60 y 70**, los economistas (y premio Nobel el segundo) Theodore Leavitt y Milton Friedman afirmaron que el grupo de interés esencial para la empresa eran los **accionistas**. Y en este marco se acuñan expresiones como «el negocio es el negocio» y que la responsabilidad de la empresa es «generar el máximo rendimiento al accionista».

Luego, entre los **70 y los 80**, se afianzaron las ideas sobre los **clientes y los trabajadores** que, junto a los accionistas, conformaban un triángulo de sobrevivencia empresarial. Y entonces oímos frases que aun hoy, no nos son ajenas: «los clientes son quienes pagan nuestro sueldo» o «lo más importante es nuestra gente».

En 1984, Edward Freeman (filósofo americano y profesor en *Business Administration* de la *Darden School of Business* de la Universidad de Virginia, EEUU) impulsó una nueva visión: los grupos de interés son cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por el logro de los **objetivos de la empresa**. Desde esta concepción más amplia nace la expresión *stakeholder* para identificar a los sectores que apoyan o censuran las decisiones y acciones de las empresas.

- 1274 A continuación llegó un nuevo planteamiento derivado de los acontecimientos de Enron y Arthur Andersen y se expandió el alcance de la RSC con la afirmación de Richard T. De George, profesor de filosofía de la Universidad de Kansas, en su libro «Business Ethics»: grupos de interés son «aquellos hacia los que la empresa tiene cualquier **obligación moral**».

Evidentemente es una opción para cada empresa determinar quiénes son sus grupos de interés y de entre los que identifique, determinar a cuáles prioriza. El modelo de empresa basado en los *stakeholders* aparece como un modelo de empresa plural que da respuesta a la **pluralidad de intereses** legítimos que surgen en el desarrollo de la actividad empresarial, frente a los cuales la empresa tiene una responsabilidad moral (y no legal o no solo legal), sin que ello suponga perder de vista la optimización del beneficio. Actualmente se entiende que las cinco grandes **categorías** de grupos de interés son: clientes y proveedores; empleados; propietarios o accionistas; sociedad; y medio ambiente.

## 1276 Capital de confianza: diálogo, transparencia y rendición de cuentas

Desde esta **perspectiva plural** se comprende que, desarrollar de forma socialmente responsable un negocio, no consiste en añadir nuevas acciones y obligaciones a las que se venían desarrollando y cumpliendo, si no tomar decisiones y gestionar la actividad empresarial de forma rentable y a la vez (y para ello) integrar los intereses de las distintas partes afectadas. Ello implica necesariamente:

- a) **Dialogar**. Para conocer e incorporar los intereses y expectativas de los grupos de interés será preciso abrir canales de comunicación, bilaterales y multilaterales, con el objetivo de facilitar la **participación e implicación** de los grupos de interés que cada empresa vaya identificando como prioritarios, en las decisiones de gestión de la actividad. El nivel o grado de este diálogo y participación dependerá de los gestores de cada empresa, de su plan estratégico y de las circunstancias de cada empresa.
- b) Ofrecer **transparencia y rendir de cuentas** (*accountability*). Es decir, informar y explicar lo que se hace y lo que no se hace, en definitiva, rendir cuentas a las partes interesadas y a la sociedad en general con transparencia, no solo de los resultados económicos (a través de las cuentas anuales) sino también de los resultados sociales y medio-ambientales de la actividad.

- 1278 Puede resultar obvio para el lector afirmar que cuando la actividad se gestiona escuchando a las partes interesadas o afectadas por ella, teniendo en cuenta sus intereses y rindiendo cuentas con transparencia, el resultado mejora ya que se genera una mayor satisfacción en aquellas personas cuyos intereses están directamente afectados por las decisiones adoptadas. Hoy las leyes ya obligan a las empresas a escuchar y dialogar con los trabajadores, con los acreedores y con los accionistas propietarios. La RSC pretende un paso más: establecer este diálogo con un **abánico más amplio de personas** y desde una perspectiva no solo económico-financiera sino también social y medioambiental. Y no solo para el presente inmediato o el corto plazo sino para el futuro. Se trata en definitiva de dar respuesta a las expectativas de los grupos de interés para asegurar la sostenibilidad de la actividad de la empresa. A esto nos referimos como a la creación del **«capital de confianza»** que no es otra cosa que el activo intangible que se genera cuando uno incorpora, como motor de su estrategia, el punto de vista de las partes interesadas, generando a su vez co-responsabilidades y alianzas.

## 1280 Aproximación del sector legal a la gestión socialmente responsable de su actividad

Es evidente que los abogados, tanto si ejercemos la profesión de forma individual como colectivamente a través de un despacho, no somos ajenos a esta realidad. Más allá de la función social inherente a la profesión, la nuestra es una actividad económica y, por tanto, empresarial. Y desde esta posición, debemos (y podemos) asumir la

**responsabilidad social** en la gestión de nuestra actividad, atendiendo a las expectativas e intereses de los grupos de interés en los que nuestra actividad tiene efectos.

El sector de los servicios profesionales en general y, dentro de él, el de los **servicios legales**, se ha adentrado de forma explícita y consciente solo recientemente en el camino de la RSC.

Sabemos que el abogado tiene una serie de deberes y responsabilidades, legales y deontológicos, frente a su cliente. Nuestra RSC no puede referirse solo a este ámbito. En el mundo de las **firmas legales anglosajonas** (en especial las norteamericanas) el enfoque tradicional de la participación en la sociedad ha sido desde la filantropía, mediante el asesoramiento *pro bono* (prestación de asesoramiento legal gratuito a aquellas personas que no tienen recursos para pagarse un abogado o a entidades sin ánimo de lucro) y los servicios a la comunidad (voluntariado corporativo o individual). En los países de la **Europa continental** el asesoramiento *pro bono* es un fenómeno más reciente. La creación de cultura corporativa y los instrumentos y procesos de contratación y retención de talento han sido los ámbitos en que se han concentrado actuaciones de las firmas legales medianas y grandes y que hoy podríamos reconducir, cuanto menos desde una perspectiva teórica, al ámbito de la gestión socialmente responsable.

1282 Varias son las **razones** que pueden explicar esta situación en el sector legal:

1. El sector de los servicios profesionales carece de los factores más evidentes de **riesgo reputacional** que tradicionalmente han llevado a las compañías a adoptar paulatinamente un enfoque socialmente responsable en la gestión de sus actividades. Así, frente a las compañías con actividad industrial, los despachos de abogados no son grandes contaminantes, ni ponen en el mercado productos susceptibles de haberse fabricado en talleres ilegales. Sus empleados son personas con una formación profesional cualificada, retribuidos habitualmente por encima de la media de cada país y a quienes las firmas cuidan también, en mayor o menor medida, mediante formación continuada y promoviendo su desarrollo profesional hacia la sociatura.

2. La profesión cuenta con su propio **marco ético**: está regulada por normas deontológicas establecidas por leyes y por los colegios de abogados de cada país, que contienen prescripciones y principios éticos y normas de conducta propias y particulares de la profesión. En otros sectores, este tipo de marcos éticos ha sido fruto de la autorregulación (códigos de conducta) enmarcada en un proceso consciente y voluntario de RSC.

3. Los **despachos de abogados** han sido tradicionalmente organizaciones de profesionales con una **estructura** de propiedad, gestión y organización de la actividad peculiar y propia de la profesión, basada en una cultura extendida de autonomía y confianza en cada socio para la gestión de su actividad o especialidad. La ausencia de los sistemas de gobierno y gestión empresarial más comunes (por desligados de la propiedad) en otros sectores ha dificultado la integración explícita y consciente de la RSC.

4. No ha existido hasta hace poco una **presión explícita** por parte de los clientes en materia de RSC, en especial en la Europa continental donde la implementación e integración de una política de RSC es también relativamente reciente incluso en los propios clientes o potenciales clientes de las firmas de abogados.

5. Tampoco ha existido tradicionalmente una presión por parte del talento y empleados a causa de un mercado atomizado y geográficamente delimitado en el ámbito nacional. La entrada en los mercados nacionales de firmas extranjeras que compiten con las nacionales y la **apertura del mercado legal** a nivel internacional ha conllevado que la oferta de empleo para las nuevas generaciones de licenciados/as se haya ampliado a todos los países del mundo y, con ello, la exigencia de nuevos valores y demandas sociales han tomado relieve.

1284 Pero hoy existen **factores** que deben motivar, y ya motivan, a las firmas legales grandes, medianas y pequeñas, a integrar la RSC en la gestión de su actividad.

Toda actividad tiene sus factores de riesgo y de oportunidades. Las firmas legales han de identificar los **riesgos y oportunidades** que el mercado y la sociedad actual les plantean. Existen factores y tendencias específicas del sector legal que señalan el camino hacia la integración consciente de la RSC:

- La cohesión interna entorno a unos **valores corporativos** sólidos cuando las firmas legales crecen y se convierten en estructuras cuyo tejido asociativo debe ser reforzado. Surge así la necesidad de afección a la firma por parte de los abogados/as y demás profesionales que trabajan en ella.
- La necesidad de **reforzar la confianza** que el cliente deposita en los abogados cuando acude a ellos y de aportar un valor añadido diferente para asegurar la competitividad a largo plazo. En este entorno, el fortalecimiento de la confianza de los clientes y la innovación en los servicios son elementos clave que pueden pesar tanto o más que el precio y que la calidad. Frente a marcas legales consolidadas y profesionales expertos renombrados, la calidad puede llegar a presuponerse por el cliente y el precio se transforma en un elemento más que el cliente, como sujeto de evaluación, tomará en consideración junto con otros factores, por ejemplo, las ventajas y valor añadido que aportan al servicio contratado la diversidad, el género, la participación social o la política medioambiental.

1286 Por otro lado, el mercado y el cliente exigen en mayor o menor medida a las firmas de abogados **gestionar su actividad** de forma socialmente responsable. Cada vez más empresas integran la RSC en la gestión de su actividad.

Estas empresas piden y pedirán a sus proveedores de productos y de servicios que sean honestos, éticos y gestionen su propia actividad con estándares similares a los suyos propios. El sector público ya exige indicadores de RSC a las empresas con las que contrata. El sector privado sigue esta tendencia.

- La atracción y retención de **talento** en un mercado cada vez más global y en una sociedad cuyas nuevas generaciones tienen valores y expectativas nuevos y diferentes. Las **nuevas generaciones** tienen intereses diversos que van o pueden ir más allá de un trabajo estable y de calidad, con una carrera transparente y una retribución alineada con el mercado. Piden que sus trabajos les permitan desarrollarse profesionalmente pero también personalmente, piden que la empresa esté comprometida con la sociedad y les facilite un camino para desarrollar acciones sociales que les permitan participar en el progreso de la comunidad; valoran un buen ambiente de trabajo, transparente, participativo e innovador.
- La progresiva transformación del propio sector y de las firmas de abogados, que van dejando de ser organizaciones de profesionales para convertirse en **negocios o empresas legales**: La RSC está jugando un rol clave como *core value* de las empresas modernas e innovadoras, grandes y pequeñas, especialmente tras la crisis financiera y el proceso de revisión de los valores de la economía de mercado y de la gestión de los negocios. Así, el *Dow Jones Sustainability Index* nace en 1999 para proporcionar **indicadores de rentabilidad financiera** de las compañías que lideran la gestión sostenible de su actividad con el fin específico de proporcionar información a inversores que se rigen por criterios de sostenibilidad. Por otro lado, la práctica totalidad de las empresas del IBEX publican **Memorias de sostenibilidad** desde 2007 («La Responsabilidad Social Corporativa en las memorias del IBEX 35», 5ª edición. Ejercicio 2007 elaborado por el Observatorio de RSC). El sector legal no puede mantenerse en una burbuja ajena a este proceso de cambio.

1288

#### Precisiones

Un indicador ilustrativo de este cambio es el informe que anualmente realiza y publica el *Financial Times* desde 2006 bajo el título *Innovative Lawyers* en el que se identifican las **prácticas más innovadoras** en el sector legal, abarcando la gestión de los recursos humanos; las prácticas de determinación de los honorarios; la responsabilidad medioambiental; el buen gobierno; la acción social; las políticas de diversidad e igualdad; el uso de las tecnologías; las técnicas de marketing; el servicio al cliente; la información y transparencia sobre la actividad; etc. Por primera vez el sector legal abre un **proceso de evaluación** de firmas legales y de profesionales del derecho que no está ordenado por beneficios, facturación, número de operaciones u otros indicadores económico-financieros y que pone en el mismo círculo a firmas legales grandes, medianas y pequeñas.

### 3. Políticas de responsabilidad social corporativa y su gestión

**1290** La RSC es la de cada empresa y sus circunstancias. El peso o protagonismo de las expectativas de unos grupos de interés frente a otros será el que canalice la estrategia, actuaciones y políticas de cada empresa. Las motivaciones de cada empresa pueden ser también distintas, como hemos visto antes. Hay **modelos de gestión responsable** asentados en una visión predominantemente ética (*doing good for doing good*); los hay asentados en una visión donde pesa más el componente estratégico (*doing good for doing well*). Ambos modelos han sido objeto de análisis desde una perspectiva social, política y económica en las más prestigiosas universidades.

Más allá de las motivaciones en las que se asienta cada modelo, el universo de las políticas de RSC es amplio y es el singular de cada empresa. Para poder hacer una aproximación abstracta, es útil acudir a la propuesta del Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Conocido como **Global Compact**, esta es una plataforma creada en julio de 2000 por las Naciones Unidas a través de la cual se hace un llamamiento a las empresas y organizaciones que realizan actividades económicas a asumir el compromiso de alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas o categorías: derechos humanos; estándares laborales; medio ambiente; y anti-corrupción. La adhesión a los **10 Principios del Pacto Mundial** conlleva la asunción de la obligación de explicitar políticas específicas en estos ámbitos, establecer canales de diálogo con los *stakeholders* y rendir cuentas anualmente por medio de un informe de progreso. A través de esta iniciativa, las empresas adheridas asumen y promueven la convicción de que las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de un mercado global más estable, equitativo e incluyente que, a su vez, fomenta sociedades más prósperas. Actualmente hay más de 8.500 empresas y organizaciones de 135 países distintos adheridas al Pacto Mundial.

**1292** Los 10 principios del Pacto Mundial nos señalan los grandes **ámbitos** de las políticas y procesos de RSC.

**1. El ámbito económico.** No olvidemos que la empresa ha de ser rentable, y desde esta perspectiva, RSC es también buscar y sostener la **rentabilidad** y la creación de valor en la actividad empresarial. En este ámbito se señalan, entre otros, los planes estratégicos para la consecución de un negocio rentable y sostenible; los sistemas de gestión; el

marketing responsable; los códigos y medidas de buen gobierno; la lucha contra la corrupción; el uso de los recursos locales; y la gestión del capital, los recursos y las políticas de inversión en innovación y desarrollo.

**2. El ámbito social.** Distinguiendo el plano interno y el externo de la empresa:

- en el **interno**, se señala especialmente la **gestión del capital humano** de cada empresa a través de políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación; políticas de gestión de la diversidad; facilitación de la conciliación de la vida personal y laboral; salud, seguridad y prevención de riesgos laborales; formación interna; comunicación y participación. Pero también la lucha por la erradicación del trabajo forzado y el trabajo infantil y la participación e implicación en la creación de empleo y el respeto y promoción de los derechos de los trabajadores.

También estaría dentro del ámbito interno la **relación con los clientes y el mercado** (a través de sistemas de control de calidad, canales de participación y dialogo, favorecimiento y promoción de nuevas actividades económicas, etc.); así como con proveedores con políticas que mantengan la cadena de valor y políticas de contratación guiadas por criterios sociales y no solamente económicos (por ej. contratación local y empleabilidad de colectivos desfavorecidos);

- en el **externo**, se señalan las políticas de **acción social** y participación en el desarrollo y mejora del **entorno social** (desde acciones filantrópicas, al voluntariado corporativo, el servicio *pro bono*, etc.).

**1294 3. El ámbito ambiental.** Aúna los diversos aspectos relacionados con el impacto medioambiental de la actividad o actividades de cada empresa y, por tanto, engloba desde el establecimiento de una **política ambiental** explícita; a la optimización del consumo de recursos (agua, energía, papel); la gestión de residuos; el establecimiento y gestión de procesos para optimizar y velar por el ciclo de vida de los productos y servicios ofrecidos; las políticas de reducción de la contaminación atmosférica, lumínica y acústica; la integración con el entorno; o los planes de movilidad.

La gestión de la RSC en sus diversos ámbitos se ha ido tecnificando y regulando, con no pocas críticas de diversos sectores y opiniones. Existen variedad de **normas** nacidas para certificar los niveles de gestión en los distintos ámbitos. Por citar algunos ejemplos sin ánimo exhaustivo, en el ámbito de la gestión medioambiental las normas ISO 14000 y 14001 y en la gestión energética la ISO 50001; en el ámbito de la gestión de seguridad e higiene en el trabajo la norma OSHAS 18001; en el ámbito de la gestión de calidad la norma ISO 9001. Se proponen también certificaciones y normas globales de gestión de RSC (ISO 26001 por ejemplo).

Las **normas de rendición de cuentas** son también variadas y responden a la voluntad de establecer criterios homogéneos de transparencia informativa y de control (auditoría) externos. La propuesta más consolidada es la de la *Global Reporting Initiative*, una organización sin ánimo de lucro que, conocida bajo las siglas GRI, promueve una economía global sostenible a través del establecimiento de guías de información y rendición de cuentas.

## C. Trabajo «pro bono»

<b>1300</b>	1. Trabajo «pro bono»	1302
	2. Encaje en la profesión	1304
	3. Conceptos integrantes	1308
	4. «Pro bono» y transparencia	1324
	5. Fiscalidad	1326
	6. «Pro bono» y marketing	1330
	7. «Pro bono» en un despacho de abogados	1336
	8. Centros de coordinación «pro bono» y clínicas jurídicas	1350
	9. Retos de futuro	1355

### 1. Trabajo «pro bono»

**1302** El término *pro bono* hace referencia al vocablo latino *pro bono público*, que significa «por el bien público». Aunque muchas definiciones de *pro bono* se circunscriben al **asesoramiento jurídico** (por ejemplo, el ICAM define el *pro bono* como «la prestación voluntaria de asesoramiento jurídico gratuito en beneficio de personas o comunidades necesitadas, menos privilegiadas, en situación de vulnerabilidad social o marginadas y a las organizaciones que las asisten, así como la prestación de asesoramiento jurídico gratuito en temas de interés público» -<http://crsa.icam.es/>), en realidad, la definición del trabajo *pro bono* puede ser mucho más amplia, comprendiendo cualquier acción voluntaria y no retribuida de un abogado encaminada a la satisfacción de una necesidad social, ya sea individual o colectiva.

Como decimos, por el momento y al contrario que en otros países, en España no existe la obligación estatutaria para los abogados de realizar un mínimo de horas anuales de trabajo *pro bono*. Se trata así, por tanto, de un trabajo **libre, voluntario y gratuito**.

## 2. Encaje en la profesión

---

### 1304 Función social de la abogacía

Cualquier definición del concepto de «abogacía» debe hacer obligada referencia al servicio a la sociedad en **interés público** que conlleva el ejercicio de la profesión. En el caso español, así lo dispone el Estatuto General de la Abogacía Española ( RD 658/2001 ; nº 9510 ).

En un Estado de Derecho, donde los **derechos fundamentales** se revisten de la más intensa protección constitucional, la profesión de abogado se debe entender como una garantía imprescindible que posibilita el sustento de la seguridad jurídica, la igualdad y la justicia.

El principio de **igualdad** ante la Ley ( Const art.14 ) solo puede garantizarse mediante el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Y son precisamente los abogados los que deben contribuir de manera determinante a que esto sea una realidad.

La **función social** de la abogacía es inherente a la profesión, tal y como establece el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española ( nº 9520 ). Y ello, con independencia de que hablemos de servicios remunerados o de trabajo *pro bono*. Los abogados son defensores de intereses públicos y privados, de los derechos de todos aquellos que necesiten protección jurídica, asesoramiento o defensa ante los tribunales. Así, la profesión de abogado se configura como un vínculo esencial entre la sociedad y el Estado para la garantía de la **democracia y la justicia**.

### 1306 Responsabilidad y compromiso

Para entender la relevancia de la profesión de abogado, resulta ineludible hacer una reflexión sobre cuál es y cuál debe ser el compromiso que, como integrantes de ella, los abogados deben asumir con la sociedad.

La profesión de abogado conlleva una **posición privilegiada** en la medida en que otorga el manejo de unas destrezas y un conocimiento específico sobre las leyes, el Derecho y los procesos judiciales, que quedan fuera del alcance de la mayor parte de la sociedad. Y ello adquiere una mayor relevancia al comprender que el sistema jurídico incide en prácticamente la totalidad de los aspectos de la vida de las personas, que no conocen o no comprenden ese sistema del que dependen. De ahí que el privilegio de la profesión conlleve inevitablemente un **compromiso con la sociedad**. Se trata de una obligación ética, que nos obliga, en gratitud, a devolver parte de lo que se nos ha dado.

Pero, ¿en qué consiste específicamente esa obligación? ¿Cómo honrar esa responsabilidad? Parece lógico pensar que la mejor manera de comprometerse con la sociedad es ir más allá del habitual ejercicio remunerado de la profesión (sin olvidar que este ejercicio ya juega, en sí mismo, un papel fundamental en la sociedad). Así, se trata de **ofrecerse desinteresadamente** allí donde el abogado pueda ser necesario. Y, precisamente, una de las opciones al alcance del abogado es el trabajo *pro bono*.

## 3. Conceptos integrantes

---

1308 Aunque no se trata de una delimitación pacífica, a efectos de este texto, el trabajo *pro bono* puede clasificarse en las siguientes **actuaciones**: defensa letrada, asesoramiento jurídico a personas físicas necesitadas, asesoramiento jurídico a organizaciones sociales sin ánimo de lucro, actuaciones de acercamiento de las leyes a diversos grupos sociales, participación activa en la proposición de modificaciones legislativas y arbitrajes.

### 1310 Asesoramiento jurídico a personas físicas

El asesoramiento jurídico a personas físicas es una de las modalidades de trabajo *pro bono* más evidentes y directas. Supone la prestación de asesoramiento jurídico gratuito a personas en **situaciones de necesidad** y con pocos recursos económicos.

Es importante delimitar el objeto de esta actuación *pro bono* que debe estar dirigida a personas en situaciones de necesidad. Por ello, se parte de la premisa de que la actuación sirva para paliar una situación de **desigualdad social**. De otro modo, podría confundirse el asesoramiento *pro bono* a personas físicas con cualquier asesoramiento gratuito que pueda hacerse, por ejemplo, a familiares o amigos que no se encuentren en una situación de especial necesidad.

### 1312 Asesoramiento jurídico a entidades sin ánimo de lucro

En este caso, el objeto del asesoramiento jurídico son entidades sin ánimo de lucro que persigan un **fin social**, con independencia de su forma jurídica. Habitualmente serán asociaciones y fundaciones, aunque también nos



encontraremos con mutualidades y cooperativas. Como personas jurídicas, el asesoramiento jurídico que más frecuentemente requerirán será de índole societaria, fiscal o administrativa o consultas relacionadas con su gestión más cotidiana, sin perjuicio de otros asuntos más complejos que puedan surgir.

#### 1314 Actuaciones de acercamiento de leyes

Más allá del asesoramiento jurídico a personas (físicas o jurídicas) para un asunto específico, pueden existir actuaciones encaminadas a dar a conocer, de forma más genérica una parte de nuestro ordenamiento jurídico. Este tipo de actuación frecuentemente se lleva a cabo mediante la impartición de **seminarios, jornadas o coloquios** dirigidos al público en general o a grupos específicos. Las nuevas tecnologías han abierto nuevas posibilidades a este tipo de actuaciones, por ejemplo, mediante la creación de **blogs jurídicos**. Incluso la participación (gratuita) de profesionales del Derecho en programas de radio o televisión puede considerarse una actuación *pro bono*.

Como decimos, la finalidad de este tipo de actuaciones, al contrario que la del asesoramiento jurídico, es más preventiva que reactiva. Su objetivo es **formar a la sociedad** en el Derecho, dando a los ciudadanos herramientas y conocimientos de utilidad que puedan evitar situaciones de conflicto y, en caso de producirse, lograr una mejor defensa de sus derechos e intereses.

#### 1316 Participación en modificaciones legislativas

Como elemento de unión entre el ordenamiento jurídico y la sociedad, la profesión de abogado supone el contacto con la aplicación cotidiana del Derecho, lo que permite la detección de las ineficiencias del sistema y de las áreas susceptibles de cambio y mejora. Parte del compromiso del abogado debe estar referida a ser **motor de avances normativos** que, en definitiva, supongan un avance de la sociedad.

#### 1318 Arbitrajes

Esta actuación se concibe como la mediación en conflictos como vía alternativa a la jurisdicción ordinaria. El papel del abogado se configura como un medio para las personas con pocos recursos (las mismas que podrían ser destinatarias de asesoramiento jurídico), evitando así los **costes** de un **procedimiento judicial**. Los más habituales serán asuntos de familia y sucesiones.

#### 1320 Defensa letrada

En las actuaciones de la defensa letrada puede distinguirse entre:

- «**pro bono**» y **turno de oficio**;
- **litigios estratégicos**.

**a) «Pro bono» y turno de oficio.** Se trata de la defensa letrada gratuita ante **jueces y tribunales** de personas físicas en situación de necesidad y entidades sin ánimo de lucro que persigan un fin social (es decir, el mismo objetivo que el asesoramiento jurídico). En países en los que existe la institución del turno de oficio, cabe preguntarse sobre la existencia de conflicto entre esta y el trabajo *pro bono*, dado que la finalidad de ambos es precisamente la de garantizar la justicia gratuita a aquellos que no cuentan con medios económicos suficientes para sufragarla por ellos mismos. A pesar de la confluencia de fines, la realidad es que no tiene por qué existir ningún inconveniente en la coexistencia de ambas. Los **requisitos de acceso** a la defensa letrada del turno de oficio no son necesariamente los mismos que los que se establezcan para acceder al *pro bono* (p.e. distintos niveles de ingresos). Además, la diferencia más evidente entre ambas instituciones es que el abogado de oficio percibe **honorarios** por sus servicios, mientras que el abogado que actúa *pro bono*, lo hace gratuitamente. En todo caso, los destinatarios potenciales constituyen un grupo tan amplio que el conflicto es impensable, tal y como están configuradas ambas instituciones a día de hoy.

**1322 b) Litigios estratégicos.** Consiste en la gestión de pleitos susceptibles de generar **jurisprudencia** y que tienen gran incidencia en cuestiones sociales relevantes. En este sentido, puede entenderse como una actuación intermedia entre la defensa letrada y la participación en modificaciones legislativas. Y ello, porque, aunque se enmarque en un proceso de defensa letrada, la finalidad que se persigue es un **cambio en la aplicación del Derecho** que trascienda el caso concreto (o incluso una modificación legislativa, mediante, por ejemplo, la derogación de una norma).

En España, no es muy frecuente encontrar actuaciones de este tipo, principalmente porque suponen adquirir un posicionamiento público ante determinados asuntos.

#### 4. «Pro bono» y transparencia

---

**1324** El 27 de junio de 2011, el Consejo General de la Abogacía Española y la organización Transparencia Internacional España suscribieron un Convenio de colaboración para fomentar la abogacía *pro bono*, con objeto de proteger el derecho a la información. Su finalidad es la creación de un **registro nacional de abogados** que deseen trabajar *pro bono*, en causas de interés público y en defensa del principio de legalidad, en concreto, en aquellos casos que se presenten vinculados al **derecho a la información** relativa a los poderes del Estado. Serán casos que proyecten

sus efectos sobre el conjunto de la comunidad y que, asimismo, pretendan garantizar el libre acceso a la información pública y una mayor transparencia. Este no es más que un ejemplo específico de **colaboración entre instituciones** para fomentar y desarrollar el *pro bono* en una materia específica.

## 5. Fiscalidad

---

- 1326 Como prestaciones de servicios efectuadas por profesionales, existían dudas sobre la sujeción de las actuaciones *pro bono* al **Impuesto sobre el Valor Añadido** (IVA).

La cuestión fue planteada mediante consulta a la Dirección General de Tributos, y ha sido finalmente resuelta en fecha 26-10-09 ( DGT CV 26-10-09 ). La Dirección General de Tributos, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea) afirma que, así como en las operaciones realizadas a título oneroso impera un principio de generalidad en la aplicación del impuesto (sin más excepciones que las legalmente previstas), para las operaciones que se realizan **a título gratuito**, su gravamen solo ha de producirse en los casos en que el incumplimiento del principio de **neutralidad** sea tal que la normativa vigente obligue a su corrección a través de la extensión del hecho imponible a las operaciones realizadas sin contraprestación.

- 1328 Es necesario, así, entrar a valorar la **finalidad** de las operaciones para determinar la procedencia del gravamen. La normativa comunitaria somete a tributación las operaciones gratuitas únicamente cuando las mismas se efectúan para fines ajenos a la empresa, como las necesidades privadas del sujeto pasivo o de su personal. La sentencia TJCE 16-10-97, asunto C-258/95 excluye así el autoconsumo de la aplicación del IVA por tratarse de prestaciones de servicios efectuados a título gratuito, pero que se realizan con fines que no son ajenos a su actividad empresarial.

En el caso de las actividades *pro bono* (en el supuesto de la consulta, consistentes en asesoramiento jurídico y actividades de formación) afirma la Dirección General de Tributos que no resulta procedente entender que satisfacen necesidades privadas, dado que su finalidad consiste, en última instancia, en la provisión de un **servicio** que sirve primordialmente a los **fines de la empresa**. Y ello, dado que estos programas suponen la promoción de la firma consultante, mejorando su imagen de cara a la opinión pública.

## 6. «Pro bono» y marketing

---

- 1330 Es innegable que las actividades *pro bono* pueden suponer un medio de mejora de la **imagen** y la reputación ética, de atracción de los medios de comunicación, de reclutamiento de profesionales y de captación de nuevos clientes.

No obstante, no puede perderse de vista que el trabajo *pro bono* es gratuito en su definición y así debe ser en sentido estricto, por lo que no debería ser utilizado en modo alguno como un medio de marketing ni de obtener beneficios indirectamente. Puede entenderse que estos fines desvirtúan una actuación del abogado que debería necesariamente ser **anónima** para poder ser fiel a su fin altruista. No obstante, desde un punto de vista pragmático, puede defenderse también que el hecho de fomentar la actividad *pro bono*, aunque se lleve a cabo con una finalidad empresarial, compensa la desnaturalización del concepto.

- 1332 **Promoción**

En línea con lo expuesto en el nº 1330 , la promoción del *pro bono* debería ceñirse a una adecuada publicitación que garantice que los posibles destinatarios conozcan la existencia de los distintos programas y puedan, por tanto, solicitar acogerse a ellos. Un medio habitual de promoción en este sentido es la inclusión de referencias a los programas *pro bono* en las **páginas webs** de los despachos. Ahora bien, esta publicitación no debería exceder la finalidad expuesta. No obstante, desde un punto de vista práctico, una **publicitación extensa** que conlleve una difusión del *pro bono* podría también compensar la desnaturalización del concepto.

La realidad es que la tendencia general en nuestro país es la **promoción mínima**, aunque ello pueda suponer la pérdida de posibles destinatarios.

- 1334 **Publicidad de resultados**

Así como en relación con la promoción de programas, la publicidad tiene una justificación en la necesidad de informar a sus destinatarios, resulta muy **difícil justificar la publicitación** de resultados sin pervertir la finalidad del *pro bono* y los principios éticos en los que se apoya.

A pesar de que en otros países podemos encontrar **«rankings»** de *pro bono* que comparan el cómputo global de horas dedicadas a estos programas por los abogados de cada despacho, actualmente esta práctica no es habitual en nuestro país, aunque va teniendo cada vez más implantación.

Además, no puede olvidarse que la naturaleza del trabajo *pro bono* es exclusivamente **individual**. Es decir, el despacho, como organización puede favorecer que sus abogados realicen voluntariamente estas actividades, pero quienes lo llevan a cabo son los abogados.

## 7. «Pro bono» en un despacho de abogados

---

1336 En primer lugar, como se recalca en el apartado anterior, es necesario dejar claro que, a pesar de que el despacho de abogados como organización puede facilitar y favorecer la realización del trabajo *pro bono*, únicamente cada abogado, como persona **individual**, puede llevarlo a cabo. Así, el compromiso y el tiempo de dedicación solo pueden ser adquiridos de manera estrictamente voluntaria por cada abogado. Nos centramos a continuación en el funcionamiento de la modalidad *pro bono* consistente en **asesoramiento jurídico**.

### a. Aceptación de asuntos

#### 1338 Definición de posibles destinatarios

Para determinar los asuntos que serán susceptibles de ser aceptados, es necesario que el despacho defina **criterios de prioridad**. En un despacho de abogados de grandes dimensiones resulta más habitual que los destinatarios de este asesoramiento jurídico sean solo **personas jurídicas** (entidades sin ánimo de lucro) que persigan un fin social considerado como prioritario, ya que ello facilita enormemente la gestión. Por ejemplo, puede establecerse que solo se recibirán asuntos procedentes de entidades cuyos beneficiarios últimos sean grupos desfavorecidos o en especial situación de necesidad, tales como infancia, juventud o inmigración. El asesoramiento solicitado puede referirse a muy diversos ámbitos del derecho, aunque en la práctica, la mayoría de consultas se centran en cuestiones de funcionamiento interno de las propias entidades, consultas fiscales o administrativas.

#### 1340 Recepción de asuntos

Lo habitual es que el despacho de abogados cuente con un **departamento específico** encargado de las labores de gestión de estos asuntos o bien, se canalicen a través de alguna institución paralela, como una **fundación**.

En general, los posibles asuntos serán canalizados desde el exterior a iniciativa de los interesados, por contacto directo con el despacho o la institución encargada de su *pro bono*. O a la inversa, por el ofrecimiento de estos servicios por el despacho a destinatarios concretos.

Asimismo, también es habitual que los propios abogados y otros empleados del despacho sirvan de cauce entre los posibles destinatarios y el organismo de gestión.

#### 1342 Aceptación y reparto de asuntos

Una vez confirmado que el asunto en cuestión es susceptible de ser atendido *pro bono*, su procedimiento de aceptación es exactamente el mismo que para la llevanza de un asunto ordinario. Así, la entidad en cuestión deberá cumplir los estrictos **controles de identificación** para la detección de posibles conflictos. La detección de cualesquiera circunstancias indicativas de la posible existencia de un **conflicto** de intereses, deontológico o de un conflicto comercial conllevará el rechazo del asunto.

En el caso de no existir conflicto, el asunto será aceptado y la entidad se convertirá en cliente a todos los efectos, a excepción del pago final de la minuta devengada.

Una vez aceptado el asunto, el organismo de gestión buscará uno o varios abogados que, voluntariamente, se hagan cargo del mismo.

### b. Llevanza de asuntos y calidad

1344 Los abogados que, voluntariamente, hayan decidido hacerse cargo del asunto, lo harán exactamente con las mismas **exigencias de calidad** que son requeridas para un asunto ordinario. La relación con el cliente, el cumplimiento de plazos y la exhaustividad y excelencia del trabajo son las mismas. Y ello porque, no olvidemos, la **responsabilidad** del abogado es también exactamente la misma.

### c. Minutación

#### 1346 Minutación de servicios

El registro del tiempo dedicado por cada abogado a asuntos *pro bono* es habitualmente registrado como si de un asunto ordinario se tratase. Este **registro** resulta útil para:

- establecer **comparativas y estadísticas** de la acogida y evolución del *pro bono* en el despacho;
- calcular el **valor real** del servicio prestado. Es habitual hacer llegar al cliente una factura no cobrable que refleje el coste del servicio prestado;
- aunque el trabajo *pro bono* es voluntario y gratuito, eso no significa que no pueda ser **valorado positivamente** en el ámbito laboral. Así, las horas registradas por cada abogado en asuntos *pro bono* pueden ser apreciadas y evaluadas favorablemente a efectos estrictamente internos. No obstante, no podría darse la situación inversa: nunca podría valorarse negativamente la ausencia de actividades *pro bono*.

#### 1348 Minutación de otros gastos

La gratuidad inherente al *pro bono* está referida a los servicios prestados, pero no necesariamente a los **costes asociados** a estos servicios. Así, existirán tres opciones en relación con la asunción de estos costes:

- que el **despacho** de abogados asuma los costes y gastos razonables y usuales que se deriven de la prestación de los servicios jurídicos;
- que el **beneficiario** de la actuación *pro bono* asuma los costes y gastos razonables y usuales que se deriven de la prestación de servicios **por adelantado**. Al beneficiario se le informará antes de incurrir en los costes para que abone su importe de forma anticipada;
- que el **beneficiario** de la actuación *pro bono* asuma los costes y gastos razonables y usuales que se deriven de la prestación de servicios **al finalizar el asunto**. El despacho abonará dichos costes y gastos, y, después, le solicitará el correspondiente reembolso.

### 8. Centros de coordinación «pro bono» y clínicas jurídicas

---

#### 1350 Centros de coordinación «pro bono»

Los centros de coordinación *pro bono*, conocidos por su denominación anglosajona *clearinghouses*, son organismos que actúan como **intermediarios**, poniendo en contacto a los posibles destinatarios de *pro bono* (personas físicas o jurídicas) con aquellos abogados con las capacidades necesarias para atender su concreta necesidad. Los centros de coordinación *pro bono* facilitan enormemente esta labor, al servir como filtro de selección de clientes y abogados, encajando las necesidades y destrezas de los sujetos implicados. **Ejemplos** de centros de coordinación *pro bono* son el Centro de Responsabilidad Social de la Abogacía del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid o la Fundación «Hazlo Posible». También existe la iniciativa surgida entre varios despachos de abogados y fundaciones, con la colaboración del Cyrus R. Vance Center, para la creación de la «Fundación Pro Bono España».

#### 1352 Clínicas jurídicas

La *European Network for Clinical Legal Education* (ENCLE) define la clínica jurídica como un **método de enseñanza** del Derecho basado en el aprendizaje experimental, que fomenta la adquisición de conocimientos, habilidades y el desarrollo de valores personales y, al mismo tiempo, promueve la justicia social. En sentido amplio, abarca una gran variedad de programas y proyectos educativos formales, no formales e informales, que utilizan métodos de aprendizaje basado en la práctica, centrado en el estudiante, basado en problemas e interactivo, incluyendo el trabajo práctico de los estudiantes en casos reales y sociales supervisados por académicos y profesionales. Estas actividades educativas tienen como **objetivo** desarrollar actitudes profesionales y fomentar las habilidades prácticas de los estudiantes en cuanto a la comprensión moderna del rol del profesional del derecho socialmente comprometido con la promoción del Estado de Derecho, el acceso a la justicia, la resolución pacífica de conflictos y la resolución de problemas sociales.

En España, cada vez son más las instituciones educativas que han decidido la implantación de clínicas jurídicas. Algunos **ejemplos** son: la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), la Universidad de Valencia, la Universidad de Barcelona o la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).

### 9. Retos de futuro

---

1355 Cada año, tiene lugar el « **European Pro Bono Forum** », en el que participan cientos de abogados y representantes de organizaciones no gubernamentales. El **objetivo** de este foro es poner en común experiencias, dificultades e inquietudes desde la perspectiva de los distintos agentes implicados, para ser capaces de abordar los retos de futuro.

Los retos de futuro del *pro bono* pueden resumirse en los siguientes:

1. Debemos seguir fortaleciendo el papel del **abogado** en la lucha por la transparencia en las instituciones.

2. Aunque se ha progresado en esta cuestión, no todas las actuaciones *pro bono* tienen buena acogida en los **despachos de abogados**. Y ello, seguramente se debe al miedo (infundado) de verse envueltos en situaciones conflictivas u obligados a posicionarse en determinados temas.
3. Debe profundizarse más es en la atracción de **asuntos** más complejos y de áreas más diversas, que puedan suponer un reto para los abogados.
4. También es necesario avanzar en la homogeneización de **criterios de la actuación pro bono** que pueda facilitar el trabajo de todos.
5. Por último, y hablando en términos más generales, deben darse pasos en la profundización de la labor del abogado como **agente social de cambio**, capaz de transmitir las preocupaciones de la ciudadanía a los poderes públicos como motor de cambios legislativos. Y también recorriendo el camino inverso, es decir, ser agentes de transmisión del Derecho a la ciudadanía más alejada de los poderes públicos.

#### Precisiones

El próximo «European Pro Bono Forum» se celebrará en Berlín entre el 12 y el 14 de noviembre de 2018.

### CAPÍTULO 3

## Derechos y deberes del abogado

1400	Sección Función de defensa del abogado. Prerrogativas	1402
	1.	
	Sección Normas éticas de la abogacía. Obligaciones principales	1474
	2.	

### SECCIÓN 1

## Función de defensa del abogado. Prerrogativas

1402	A. Ejercicio de la función de defensa	1404
	B. Amparo colegial	1462

### A. Ejercicio de la función de la defensa

1404	1. Estatuto privilegiado de la abogacía para el desempeño de su función	1406
	2. Independencia como prerrogativa	1410
	3. Libertad de expresión como prerrogativa	1418
	4. Secreto profesional como prerrogativa	1446

#### 1. Estatuto privilegiado de la abogacía para el desempeño de su función

(LOPJ art.542; EGAE art.32.1 y 33.2; CDA art.2.3, 3.3 y 5.1 y 2)

1406 El ingreso en la abogacía mediante la colegiación constituye al aspirante en **abogado**, institución jurídica de carácter público, sede de la función de defensa, sujeta a responsabilidad civil, penal y deontológica y, a su vez, amparada por un estatuto privilegiado para el ejercicio de su función o conjunto de prerrogativas que le inmunizan de la injerencia de los poderes públicos en su actividad profesional más allá de los límites del exclusivo territorio de su libertad facultativa.

Prerrogativas cuyo centro de gravedad es la **libertad**, que se fija o entiende como libertad profesional o libertad facultativa, que no es otra cosa sino la capacidad reforzada para la **acción profesional** que, en la abogacía, se resume en la acción de dispensar asesoramiento y defensa jurídicos ( LOPJ art.542.1 ). Y por tanto, libertad para el conocimiento, para el pensamiento y para la determinación científica y política del discurso de la defensa *ad hoc* y para su ejecución en todos sus aspectos y manifestaciones y con todos sus requerimientos ( LOPJ art.542.2 y 3 ). Lo que conduce a la apertura o escisión de la libertad facultativa en tres grandes segmentos o tres libertades específicas: La libertad de conocimiento de las circunstancias de la defensa en circuito cerrado de información con el cliente, blindado a todo conocimiento ajeno o conocimiento secreto, que podría denominarse **confidencialidad** ( LOPJ art.542.3 ; EGAE art.32.1 ; CDA art.5.1 y 2 ). La libertad de pensamiento, determinación y ejecución del discurso de la defensa o **independencia** ( LOPJ art.542.2 ; EGAE art.33.2 ; CDA art.2.3 ). Y, al fin, la libertad de comunicación del discurso de la defensa o **libertad de expresión** ( LOPJ art.542.2 ; EGAE art.33.2 ; CDA art.3.3 ).

1408 Pese a que a las referidas prerrogativas vienen enunciadas en los textos legales reseñados, su **régimen jurídico** (contenido y límites), no viene regulado en el EGAE y su desarrollo es exclusivamente jurisprudencial o colegial de la abogacía, por su aplicación como **excepción** en sede disciplinaria ética, que ha ido encontrando en los autores glosas como la que aquí ofrecemos. Siendo de desear que encuentre pronta regulación en el EGAE y en una futura ley orgánica de desarrollo del derecho fundamental de defensa de la que aún carecemos en España.

Estatuto privilegiado de **inmunidad** del abogado que, además de instrumental, en tanto que las prerrogativas que integra articulan -junto con sus obligaciones éticas- la prestación material por el abogado de las artes facultativas en que la defensa jurídica consiste, adquiere relevancia y naturaleza jurídica institucional de doble sede. De un lado y como queda dicho, por configurar al abogado junto con su responsabilidad ética, como sede institucional de la **función de la defensa**. Y, de otro, por constituirlo universalmente y con toda la abogacía en su conjunto en **colegio**, como sede institucional de las dos competencias propias y típicas de la autorregulación profesional: la **competencia disciplinaria** -en exigencia de su responsabilidad ética- y la **competencia de amparo** -en protección y salvaguarda de sus prerrogativas estatutarias-.

#### Precisiones

- 1) Es un estatuto frente a los **poderes públicos** y no frente a terceros, incluido su cliente.
- 2) Es un estatuto de inmunidad frente a todo tipo de **limitaciones** directas o indirectas (por responsabilidad) en cualquier sede.
- 3) No es un estatuto del abogado para o a favor de sí mismo, a título personal, sino del abogado para o a favor del derecho fundamental de **defensa del justiciable** que tutele, a título institucional de la función pública de defensa de la que es sede y desempeña en interés ajeno. Por lo que en modo alguno constituye, ha sido concebido o puede ser interpretado ni aplicado como un **privilegio** de casta o corporativo.
- 4) No se trata aquí de obligaciones éticas o de los deberes del abogado de independencia o lealtad (nº 1476 s. ) o de secreto o confidencialidad (nº 1518 s. ), de las que se distingue y a las que por su naturaleza jurídica es ajeno.

#### 2. Independencia como prerrogativa

(LOPJ art.542.2; EGAE art.33.2; CDA art.2.3)

1410 La prerrogativa de independencia facultativa del abogado podría definirse como el derecho o la libertad del abogado a decidir y realizar libremente las actuaciones dirigidas a la defensa de los intereses de su cliente según su mejor y más leal **criterio técnico-jurídico**, sin injerencias del poder público ajenas a su ciencia y a su conciencia. Por lo que se trata de una especial y reforzada libertad facultativa, similar a la de cátedra ( Const art.20.1.c ), que la hace especialmente resistente e inmune a las restricciones que en otro ámbito habrían de operar y en atención a las finalidades que justifican tan privilegiado régimen.

#### 1412 Contenido formal

Desde el punto de vista objetivo o formal viene constituida o integrada por la inmunidad facultativa del abogado, que protege el ejercicio de la función de la defensa que detenta de la **injerencia de los poderes públicos** en una triple dirección:

**a)** De un lado, respecto de las **facultades de policía** que las autoridades, funcionarios y potestades tienen atribuidas en todo tipo de procedimientos para proteger su sede, sus operadores o sus mecanismos instrumentales de todo tipo, así como para dirigir el curso de los mismos, impidiendo sus extralimitaciones o abusos que puedan constituir cualquier menoscabo de las artes facultativas de la defensa en su origen y sede (el propio abogado) o en su despliegue, instrumentación o articulación, pública o privada (cualquier actuación técnica del mismo en sede o espacio público, en sede o espacio privado) o en sede del sujeto de la defensa (conjunto de relaciones subjetivas con el interés de la defensa) en cualquier tipo de espacio;

**b)** De otro lado, respecto de las **facultades decisorias** de los órganos competentes para la resolución de las peticiones o litigios de los ciudadanos en todos los órdenes o sedes, que no se dirijan o refieran o tengan por objeto **declarar responsabilidades** de cualquier tipo de un abogado por causa de su actuación profesional, impidiendo igualmente su extralimitación, en el sentido de que el ejercicio de dichas facultades decisorias implique o pueda implicar, expresa o tácitamente, pronunciamiento crítico directo y sustancial alguno de la actividad profesional de los defensores de las partes, que pueda constituirlos en responsabilidad;

**c)** Y, finalmente, respecto de las facultades decisorias de los órganos competentes para la resolución de las peticiones o litigios de los ciudadanos en todos los órdenes o sedes, que sí se dirijan o refieran o tengan por objeto el **enjuiciamiento** de la actividad facultativa de un abogado y pronunciamiento sobre sus posibles responsabilidades profesionales de cualquier tipo, impidiendo igualmente su extralimitación, en el sentido de que tal enjuiciamiento no

traspase los límites del exclusivo territorio de la defensa, más allá de los que la libertad facultativa del abogado resulta inmune a las restricciones.

#### 1414 Contenido material

Desde el punto de vista subjetivo o instrumental viene constituida o integrada por la mera y llana libertad del abogado para determinar en derecho el **interés del cliente**, conformando el interés de la defensa u objeto de la misma -que ya no será el que pueda o crea tener el cliente- y el discurso de la defensa o su planteamiento y gestión.

#### 1416 Límites

No siendo ilimitado ningún derecho, ni aún los fundamentales, tampoco lo es la prerrogativa de independencia del abogado. Lo que sitúa la cuestión decisiva de cualquier juicio de responsabilidad -incluida la responsabilidad disciplinaria en materia de ética profesional- en la determinación de los límites del círculo facultativo inviolable de la libertad e independencia del abogado, toda vez que vendrán llamados a determinar nada menos que la frontera a partir de la cual el abogado resulta completamente inmune en su actividad profesional y, a la inversa, cuándo sus actuaciones profesionales pueden ser sometidas a revisión y, en su caso, a responsabilidad civil, penal o disciplinaria (en cualquier sede). Siendo doctrina constante de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid al efecto en **sede disciplinaria ética** -extensible desde luego a todas las sedes- que los límites de la prerrogativa de independencia facultativa del abogado vienen determinados por tres elementos de necesaria concurrencia conjunta:

- a) La apreciación de indicios de actuación torpe o desleal.
- b) Que la prueba de esta no venga limitada a una sentencia o resolución contraria a la pretensión mantenida por el abogado sometido a reproche.
- c) Que la actuación torpe o desleal pueda apreciarse de forma evidente, palmaria, llana o inmediata, sin necesidad de discutir teorías o doctrinas jurídicas, científicas o jurisprudenciales.

#### Precisiones

1) El abogado no defiende al cliente ni el interés del cliente sino el **interés de la defensa**, que no es otra cosa que el interés del cliente determinado por el abogado con arreglo a derecho y a su conciencia (lealmente), además de amparado por su prerrogativa de independencia que le inmuniza de toda injerencia de los poderes públicos más allá de los límites de su libertad facultativa, tanto en sede de determinación del interés, como en sede de gestión y en sede de revisión. Interés de la defensa que podría ser definido así, médicamente, como «encontrar y lograr que se prescriba públicamente y frente a todos, la fórmula jurídica que elimine el déficit social de derecho que pudiera padecer eventualmente el cliente, sanando o curando su estrés emocional. O alcanzar el mismo fin haciendo ver al cliente que no existe tal déficit o, al menos, que no existe con las dimensiones que lo cree padecer».

2) Desde los límites señalados de la prerrogativa de independencia, resulta evidente que cualquier injerencia directa de los **poderes públicos** que ponga obstáculos a la libertad facultativa del abogado en sede de concreción o determinación del interés de la defensa o en sede de gestión del mismo, deberá ser evitada o reprochada.

3) Igualmente y desde los mismos límites señalados, resulta evidente que la prerrogativa de independencia impide que cualquier **responsabilidad del abogado** como consecuencia de su actividad profesional, pueda venir determinada fuera de cualquiera de las sedes competentes para ello, de un cauce que no sea un juicio específico incoado al efecto, a instancias legitimadas legalmente, mediante el ejercicio de las acciones pertinentes y tramitado con todas las garantías; y, desde luego, sin que en el mismo pueda declararse responsabilidad alguna que pueda fundarse exclusivamente en el mero resultado obtenido en o por la actuación sometida a responsabilidad o en argumentos que requieran cualquier tipo de debate doctrinal o jurisprudencial.

### 3. Libertad de expresión como prerrogativa

---

1418 a) En general, la libertad de expresión (nº 1420 ).

b) En concreto, la libertad de expresión del abogado (nº 1426 ).

#### a. Libertad de expresión

#### 1420 Reconocimiento constitucional

La libertad de expresión aparece reconocida como **derecho fundamental** en Const art.20.1 : Se reconocen y protegen los derechos: «a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción».

Este derecho es protagonista habitual de los conflictos constitucionales que se plantean respecto de los derechos también fundamentales del **honor e intimidad personal y familiar** (Const art.18). El propio constituyente era tan consciente de la relevancia y frecuencia de tal conflicto que recogió una previsión explícita al respecto en el art.18.4: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

#### 1422 Doble dimensión objetiva y subjetiva

El fundamento y justificación de la protección constitucional de la libertad de expresión es doble. Así, por un lado, se encuentra en la **dignidad y libre desarrollo de la personalidad** ( Const art.9.2 y 10.1 ), de manera que el hombre al que no se le permite expresarse libremente es tratado indignamente y vejado, condenándole al aislamiento social y al empobrecimiento espiritual (dimensión subjetiva).

Por otro lado, constituye también un instrumento del **principio de Estado democrático** ( Const art.1.1 ), ya que sin libertad de expresión no hay verdadera democracia. Si los individuos no pueden expresarse de manera libre, difícilmente podrán participar en la vida política, tanto en ejercicio de su derecho al sufragio activo como pasivo e, incluso, más allá, en el ejercicio diario que en nuestras democracias pretende llevarse a cabo de control de los poderes por los ciudadanos (dimensión objetiva).

La libertad de expresión no es un mero instrumento del Estado democrático (garantía de democracia) sino que enlaza directamente con la esencia de la persona. Su **objeto de protección** es cualquier comunicación, expresión o manifestación de pensamiento, idea o hecho, ya sea pública o privada, hecha o no por profesional y con independencia de su contenido político, ideológico o no, como ha reconocido el Tribunal Constitucional: «La complejidad de este prolijo enunciado revela, según nos parece, que el legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión y, específicamente, a la libertad de prensa, un aspecto institucional, además de su aspecto subjetivo» ( TCo 6/1981, FJ 2º ).

#### 1424 Límites generales

La libertad de expresión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia ( Const art.20.4 ).

Para el Tribunal Constitucional si bien no cabe considerar que la libertad de expresión sea absoluta o ilimitada, estando su ejercicio sujeto tanto a límites constitucionalmente expresos, como a otros que puedan fijarse para preservar bienes y derechos constitucionalmente protegidos, tampoco podrá atribuirse carácter absoluto a los límites a que ha de someterse el ejercicio de las mismas, por lo que los límites se configuran como **excepcionales** ante el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión ( TCo 371/1993 ). El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (TEDH) ha declarado que el ejercicio de la libertad de expresión puede quedar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones necesarias en una sociedad democrática, en el interés de la seguridad nacional, de la integridad territorial o de la seguridad, para la prevención de delitos, la protección de la salud y la moral, la protección del honor y los derechos de los otros o para mantener la autoridad e imparcialidad de los jueces ( TEDH 22-2-89, caso Barford c. Dinamarca, nº 11508/1985 ).

Junto a los límites comunes a todos los ciudadanos, existen también algunas profesiones o cargos que presentan límites específicos. Así, determinados **funcionarios públicos** (miembros de las **Fuerzas Armadas**), pueden encontrarse con límites específicos, en razón de la naturaleza del servicio que desempeñan, y que pueden imponerse ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada cuerpo o categoría funcional, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta trasgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete al buen funcionamiento del servicio ( TCo 371/1993 ). .

#### b. Libertad de expresión del abogado

#### 1426 Conexión con el derecho de defensa

La libertad de expresión de los abogados presenta importantes singularidades, y ello, en la medida que la restricción de su libertad afecta, fundamentalmente, al derecho a la defensa del que es titular su cliente ( Const art.24 ).

El Tribunal Constitucional considera, con carácter general, que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una **singular cualificación**, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa de Const art.24 . Es una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte. Se trata de una manifestación especialmente **immune a las restricciones** que en otro contexto habrían de operar ( TCo 205/1994 ). El derecho



de los ciudadanos a la defensa y asistencia de letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada. La libertad de expresión, por tanto, del abogado en el ejercicio de su función de defensa debe ser concebida como un supuesto particularmente cualificado de esta libertad fundamental ( TCo 157/1996 ).

#### 1428 Marco normativo

La conexión entre libertad de expresión del abogado y derecho de defensa aparece destacada en las diferentes normas que regulan el **ejercicio de la abogacía**: «En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa» ( LOPJ art.542.2 ). La norma vincula conjuntamente expresión y defensa, de manera que la libertad de expresión es instrumental del derecho de defensa del que es titular el cliente.

El **Estatuto General de la Abogacía** ( RD 658/2001 ), dispone que «El deber de defensa jurídica que a los abogados se confía es también un derecho para los mismos por lo que, además de hacer uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, podrán reclamar, tanto de las autoridades como de los colegios y de los particulares, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas» ( EGAE art.33.2 ). También que «Si el abogado actuante considerase que la autoridad, tribunal o juzgado coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir sus deberes profesionales, podrá hacerlo constar así ante el propio juzgado o tribunal bajo la fe del secretario y dar cuenta a la Junta de Gobierno» ( EGAE art.41 ). Sin embargo, este derecho-deber de defensa encuentra su contrapeso en la obligación de respeto en cuanto a la forma de su intervención en los Tribunales y, en especial, respecto de la parte contraria: «Son obligaciones del abogado para con la parte contraria el trato considerado y cortés, así como la abstención u omisión de cualquier acto que determine una lesión injusta para la misma» ( EGAE art.36 ).

#### 1430 Elementos cualificados para el Tribunal Constitucional

En lo que respecta al **ámbito procesal**, el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa ( Const art.24 ). La libertad de expresión en el ámbito procesal consiste en una **libertad de expresión reforzada** cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte. Se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar ( TCo 205/1994 ).

**Defensa de intereses de especial relevancia.** El Tribunal Constitucional atiende muy especialmente también a los intereses en juego. La libertad de expresión cobra especial virtualidad cuando la defensa compromete bienes y valores de especial relevancia constitucional. Cuanto mayor compromiso exista para la defensa del cliente, sobre todo, cuando puedan entrar en juego derechos y libertades de especial valor, tales como la **libertad personal**, mayor habrá de ser el espacio de tolerancia que encuentre la libertad de expresión. Se trata, en palabras del propio Tribunal Constitucional, de una libertad de expresión reforzada ( TCo 235/2002 ). Por lo tanto, la libertad de expresión del abogado alcanzaría su máxima extensión en el ámbito de los procesos penales en los que se ventilan posibles penas que impliquen la privación de libertad o que, al menos, excedan de las que son penas de contenido meramente económico (véase, por ejemplo, las penas de inhabilitación profesional o que suponen una privación de los derechos fundamentales de sufragio pasivo). El mismo canon de enjuiciamiento y protección se le ha reconocido al **funcionario** que ejerce su **propia defensa** en un procedimiento administrativo disciplinario, porque cuando la libertad de expresión sirve al derecho fundamental consagrado en Const art.24.2 , el canon aplicable debe ser el que este Tribunal tiene acuñado en relación al contenido de la libertad en el ejercicio de la defensa letrada, y aunque si bien es cierto que, tratándose del procedimiento administrativo sancionador, la libertad de expresión no guarda relación alguna con el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de la función que les atribuye la Const art.117 , adquiere sin embargo especial relevancia su directa vinculación con el derecho a la defensa frente al poder punitivo del Estado, ya se atribuya los órganos jurisdiccionales del orden penal o a la Administración ( TCo 187/2015 ).

1432 **Necesidad para la defensa.** La especial cualidad de la libertad de expresión del abogado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial ¿Qué es el logro de los fines que justifican el tratamiento privilegiado de tal libertad de expresión? Ello exige valorar qué relación existe entre los **términos empleados** por el abogado y las **necesidades** que, en caso concreto, se derivan para la mejor defensa de su cliente. De este modo, no se amparan las manifestaciones gratuitas que no están referidas al concreto supuesto de hecho debatido en autos y que en nada pueden contribuir a la causa de su cliente. Por el contrario, sí encontrarían amparo, en principio, las afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos ( TCo 157/1996 ; 226/2001, FJ 3º ; auto 76/1999 ).

1434 **Proporcionalidad y usos sociales.** Además del fin que han cumplido tales expresiones, el Tribunal atiende al contenido de las mismas al amparo de lo que constituyen los usos sociales. De este modo, lo que no encontraría

amparo en dicha libertad de expresión, son las expresiones que constituyan **insultos** o menosprecios evidentes hacia el órgano judicial o las partes intervinientes. Lo verdaderamente trascendente para el Tribunal no es la gravedad de las expresiones, sino que, cumpliendo los fines que el derecho de defensa exige en el caso concreto, no constituyan un insulto o descalificación gratuita.

No se han considerado amparadas por la libertad de expresión **conductas** tales como arrojar con malos modos el carnet profesional sobre la mesa del Tribunal ( TCo auto 40/2006 ), despojarse de la toga y quedar en mangas de camisa, ausentándose y dejando sin asistencia al patrocinado ( TCo 205/1994 ) o, incluso, escribir en un acta de prueba expresiones no autorizadas por el juez, en concreto, «disconformidad con la redacción de» ( TCo 79/2002 ).

Por el contrario, se han considerado amparadas por la libertad de expresión **aseveraciones** de especial gravedad y dureza, aunque en términos de estricta defensa; o la **crítica** a la actuación procesal del Ministerio Fiscal en una causa, sin uso de expresiones insultantes o vejatorias ( TCo 113/2000 ; 235/2002 ).

El TCo auto 299/2000 consideró que habían transgredido dicho límite y que, por tanto, constituían insultos y **descalificaciones desproporcionadas** no amparadas por la libertad de expresión del abogado las siguientes manifestaciones: «esto es un cachondeo, el tándem que forman el juez instructor y el Ministerio Fiscal para coger en forma de bocadillo al Abogado Defensor es escandalosa, naturalmente, todo es correcto legalmente, pero me cisco en esa legalidad». El TCo auto 395/2006 hace la misma consideración respecto de las siguientes expresiones: «se está llegando a un estadio más próximo a un linchamiento propio de aquellas películas de Western americanoi, en las que el juez se cruzaba de brazos para no ser objeto de la ira popular». Igualmente, imputar a un juez haber actuado de «forma violenta, hostil, maleducada y grosera», excede de los límites de tal libertad ( TCo 226/2001 ).

- 1436 La sentencia TCo 235/2002 considera **amparadas por la libertad de expresión** las siguientes manifestaciones, cuyo carácter excesivamente enérgico era evidente: «La decisión no puede por menos que calificarse como de arbitraria, infundada, caprichosa, manifiestamente ilegal, y groseramente contraria a derecho por lo que deberá ser modificada. Aunque esta parte está seguro que no se accederá a reponer la resolución recurrida, a la vista de la línea seguida a lo largo del procedimiento por el juzgador que esta parte entiende como parcial y arbitraria, dicho sea con el máximo respeto y en estrictos términos de defensa, se presenta este recurso de reposición a fin de que se consideren agotados todos los recursos legalmente previstos». También, la sentencia TCo 232/2005 considera admisible, al amparo de tal libertad de expresión, lo siguiente: «Ciertamente, la expresión “se inventa” no es la más respetuosa que podía utilizarse para describir la situación jurídica que se consideraba producida. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que lo que el recurrente pretendía denunciar con esta frase era lo que, a su juicio, constituía la modificación indebida de los términos de una sentencia; afirmación, además, que se formula en un contexto en el que no resulta ostensible una intención descalificadora, sin que tampoco implique la atribución a la juez de una actuación deliberada al respecto» (FJ 4º). Lo mismo, respecto de expresar que en una resolución judicial hay «barbaridades y falsedades» ( TCo 65/2004 ; 117/2003 ).

El empleo del término «**esperpento judicial**» no ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como trasgresor del debido respeto al órgano judicial y, por tanto, su uso queda amparado por la libertad de expresión del abogado: «En fin, la alusión al “esperpento judicial” tampoco puede entenderse como una expresión insultante o vejatoria para la juzgadora, ni reveladora de una intención de menosprecio hacia la función judicial, si se atiende a que calificar una actuación como “esperpéntica” equivale a tildarla de absurda o desatinada, lo cual, en el contexto examinado, constituye de nuevo una crítica de las resoluciones judiciales, sin duda ácida, pero no ajena a la mayor «beligerancia en los argumentos» ( TCo 113/2000 ) que consiente la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa» ( TCo 155/2006, ).

- 1438 Un ejemplo de **análisis** de varios de los elementos de enjuiciamiento mencionados, lo encontramos en TCo 157/1996 : «Es, en efecto, el caso que, con el referido escrito se combatía una resolución judicial que se entendía infractora de un derecho fundamental. Se hacía, ciertamente, con aseveraciones de especial gravedad y dureza; ahora bien, la defensa de la libertad de su defendido ha de permitirle al letrado la mayor beligerancia en los argumentos, con el solo límite, en la expresión, del insulto o la descalificación gratuitos, lo que no ha sido el caso. Pues estando en juego la libertad personal de su patrocinado y creyéndose en la obligación de estructurar su defensa sobre la base de una supuesta infracción del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, es evidente que sus aseveraciones no podían dejar de encontrar acomodo en la libertad de expresión, que, singularmente resonada en el caso de los abogados, sirve a los fines de una defensa técnica adecuada y efectiva». El Tribunal valora en qué medida los términos empleados por el letrado, con independencia de que puedan resultar de especial gravedad o dureza, son útiles para el fin que cumple dicha libertad de expresión, la **defensa de su cliente**. A continuación, valora igualmente si constituyen insulto o descalificación, lo que, por su ánimo meramente vejatorio, no es admisible. Y, por último, atiende a cuáles son los intereses que se ventilan en el proceso, atendiendo, principalmente, a la naturaleza de la jurisdicción en la que se han vertido los mismos.

- 1440 **Actuaciones orales.** El Tribunal Constitucional ha atendido al contexto en el que se produce la expresión objeto de controversia. Así, se distingue entre un **contexto** de mayor tensión y un contexto en el que cabe una reflexión pausada sobre los términos empleados. De este modo, lo que en el calor inmediato de un **debate oral** podría encontrar

justificación ( TCo auto 261/1995 ; auto 43/2002 ), no lo encuentra cuando se recoge en un **escrito** y, por tanto, de forma reflexiva y consciente ( TCo 155/2006 ; 39/2009 ). Sin embargo, en ocasiones, expresiones muy enérgicas recogidas en un escrito procesal sí han obtenido amparo constitucional: «De igual modo, en el presente caso, aunque es cierto que la alusión a la «actuación parcial» del órgano judicial no ha sido empleada de manera espontánea por la abogada demandante durante una intervención oral (que pudiera consentir, en principio, un mayor margen de tolerancia de los posibles excesos verbales), sino en un escrito y, por tanto, de forma reflexiva y consciente, no es menos cierto que la referida alusión que, en principio, y por sí sola constituiría una imputación enteramente reprochable por quebrantar el exquisito respeto que debe guardarse a los órganos judiciales, ha de entenderse, sin embargo, en este caso, amparada por el derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada. Y ello porque, en el contexto en que se emplea, no constituye siquiera una imputación en sentido propio de falta de imparcialidad de la Juzgadora, sino que se utiliza como sinónimo de actuación «arbitraria» o «caprichosa», expresiones que (como en el caso de la citada sentencia TCo 235/2002 ) no pueden considerarse como descalificaciones gratuitas dirigidas a atacar la autoridad o imparcialidad de la magistrado-juez que se sintió afectada por las mismas, toda vez que con ellas la abogada pretendía resaltar el perjuicio que, en su opinión, se deparaba a su defendida como consecuencia de la demora en la entrega del metálico consignado a su favor en la cuenta del juzgado» ( TCo 155/2006 ).

#### 1442 Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve un conflicto en el que un abogado, en el ámbito de un proceso penal, da lectura a un texto en contra de la actuación del Ministerio Fiscal en la causa, y, en virtud del cual, le imputa determinadas irregularidades procesales. El Tribunal señala que lo relevante a fin de determinar si la **interferencia** en la libertad de expresión de un abogado es **legítima** reside en la concurrencia de tres requisitos: la previsión legal de la interferencia, la consecución de unos objetivos legítimos y su necesidad en una sociedad democrática para alcanzar dichos objetivos. En el caso concreto, si bien el Tribunal considera que concurre el requisito de la previsión legal (interpretación razonable del Código Penal finlandés) y de la legitimidad del objetivo perseguido, ya que se pretendía defender la reputación de los Fiscales, no concurre, sin embargo, el tercer requisito, ya que, tan importante como el contenido de las declaraciones lo es el contexto en el que se producen y, en este caso, las críticas se hicieron como estrategia de la defensa de la posición del cliente respecto de una actuación concreta de un Fiscal que actuaba como acusación y no como una crítica general a la profesión. Además, las manifestaciones se evacuaron en el marco interno de un proceso judicial concreto (TEDH 21-3-02, asunto *Nikula vs Finlandia*).

El **deber de lealtad** del abogado al propio sistema judicial no permite efectuar afirmaciones que atenten a la necesaria confianza que los ciudadanos han de tener en el sistema de justicia. Sin embargo, tal deber no reviste los mismos efectos en un espacio público, en el que se realiza una crítica por parte de un letrado al sistema, que en el espacio concreto en el que se ventila el proceso y, más aún, cuando las afirmaciones forman parte de la estrategia de defensa del cliente. Concluye, pues, el Tribunal que la **restricción de la libertad de expresión** de la defensa solo puede aceptarse como necesaria en una sociedad democrática en casos muy excepcionales, sin que en el presente caso concurren razones unánimes que respondan a una necesidad social imperante para justificar esta limitación del derecho de la demandante ( TEDH 21-3-02, asunto *Nikula vs Finlandia* núm 31611/1996 ).

1444 El Tribunal aborda el supuesto en el que las manifestaciones del abogado se vierten, no ya en el ámbito del proceso, sino en los **medios de comunicación**. Se trataba de un abogado que hace unas declaraciones a la prensa en las que critica duramente a las autoridades judiciales de un cantón. El Tribunal, tras insistir en la idea de que los abogados ostentan un deber de lealtad hacia la Administración de Justicia, al actuar, como intermediarios entre las instituciones judiciales y los ciudadanos, y que no pueden atentar contra la confianza que estos han de tener en aquellas, considera que la intromisión ha sido legítima por el tono y forma de las declaraciones, por el hecho de que las mismas no se vierten dentro del proceso y, más aún, cuando este no ha concluido y por el carácter menor de la sanción impuesta (TEDH 21-3-02 caso *Nikula vs Finlandia*).

Para el TEDH el abogado ostenta en la sociedad un papel relevante que le otorga su condición de intermediario entre los ciudadanos y la Administración de Justicia. Y ello determina un **deber de lealtad** hacia dicha Administración en defensa, no de la instituciones en sí mismas, sino de la legítima confianza que los ciudadanos han de tener en la Justicia, confianza que se vería afectada cuando las manifestaciones son desproporcionadas, carecen de una base fáctica que las sustente y se produce, no en el ámbito interno de un proceso, sino en un ámbito externo como son los medios de comunicación ( TEDH 20-5-98 asunto *Schöpfer vs Suiza*, núm 25405/1994 ).

#### 4. Secreto profesional como prerrogativa

(Const art.24; LOPJ art.542.3; EGAE art.32.1 y 2; CDA art.5.1 y 2)

1446 La prerrogativa de secreto profesional del abogado podría definirse como el derecho o la libertad del abogado para recibir y conservar en secreto o confidencialmente, el conocimiento de todas las circunstancias de la defensa a las que acceda por cualquier medio o fuente, sin que la reserva de la comunicación o de la tenencia de sus contenidos en cualquier soporte pueda ser violada por los poderes públicos. Libertad que también podría denominarse prerrogativa

de **confidencialidad**, más a la manera anglosajona como gusta a algunos, por las claras resonancias que ofrece de su *legal privilege*. Cuestión semántica un tanto snob y que solo justifica el discreto encanto *cool* de la cultura jurídica anglosajona que la globalización está premiando en estos comienzos de milenio, pero que en absoluto se compadece con la realidad de tratarse de un privilegio del abogado, que el mismo es al secreto y que el mismo es netamente profesional, a la que en modo alguno resta un ápice el hecho de que su causa u origen tenga sede en el derecho fundamental del ciudadano al **silencio ante la ley** y venga justificado en la necesidad de preservarlo ante la inevitable servidumbre de la defensa jurídica.

Siendo no obstante de reconocer que es bien cierto que los contornos jurídicos de la institución en España no aparecen tan claros como lo hacen en el derecho anglosajón, aunque lejos de poder atribuirse a los problemas semánticos que quedan señalados, solo pueden serlo a los problemas de precisión jurídica que conlleva su lacónico **tratamiento residual** en LOPJ art.542.3, en el que aparece ligado o anudado de forma absolutamente asistemática y fuera de toda dogmática al deber ético que tiene el abogado de guardar secreto profesional, con el que nada tiene jurídicamente en común, e insuficientemente regulado o desarrollado, cuando dice que: «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, **no pudiendo ser obligados a declarar** sobre los mismos». Limitando la cobertura privilegiada de su prerrogativa de confidencialidad a la declaración del abogado, cuando la misma alcanza igualmente a sus **archivos**, que tampoco puede ser obligado a abrir o a entregar o ser violados y llega también a sus **comunicaciones** con sus clientes o terceros, que tampoco puede ser obligado a relatar y que tampoco pueden ser intervenidas, sean donde fueran, incluida la prisión.

En cualquier caso, y tanto si es un privilegio de ida del ciudadano al abogado, como si lo es de vuelta, se trata de una especial y reforzada libertad facultativa, similar a la que se manifiesta en la independencia y en la libertad de expresión como prerrogativas y que la hace especialmente resistente e inmune a las restricciones por parte de los poderes públicos que en otro ámbito habrían de operar y en atención a las finalidades que justifican tan privilegiado régimen.

#### 1448 Contenido formal

Desde el punto de vista objetivo o formal viene constituida o integrada por la inmunidad facultativa del abogado, que protege el ejercicio de la función de la defensa que detenta de la **injerencia de los poderes públicos** impidiendo que los mismos intenten o logren violar el secreto o la confidencialidad de la comunicación al abogado por cualquier medio o desde cualquier fuente, o la tenencia por este, de cualesquiera circunstancias, datos o hechos relacionados con el interés de la defensa *ad hoc*, sea o no en el ejercicio de facultades o potestades de policía, jurisdiccionales, investigadoras o decisorias de cualquier especie que las autoridades, funcionarios y potestades de todo tipo tengan atribuidas en todo tipo de procedimientos. **Cobertura de confidencialidad** que se despliega en una triple dirección:

- a) De un lado, en **sede de comunicación**, impidiendo cualquier tipo de interceptación que permita su toma de conocimiento por cualquier medio (directo o diferido).
- b) De otro, en **sede de abogado**, impidiendo cualquier tipo de coacción, incluso legal o de *imperium*, que busque por cualquier medio la revelación de cuanto le sea comunicado.
- c) En **sede de archivo o conservación** de dichas comunicaciones en cualquier tipo de soporte, impidiendo toda acción que persiga su conocimiento, bien mediante el acceso a los mismos bajo coacción, incluso legal, bien mediante su entrega del mismo modo y con la misma finalidad, bien mediante su incautación con fuerza en las cosas y contra la voluntad y conocimiento del abogado con tal finalidad.

#### 1450 Contenido material

Y desde el punto de vista subjetivo o instrumental viene constituida o integrada por la mera y llana **libertad inmune del abogado** para tomar conocimiento y conservarlo en secreto frente a los poderes públicos de cuantos hechos, datos y circunstancias puedan serle puestos a disposición en orden a la defensa *ad hoc*, los utilice o no.

#### 1452 Límites

No siendo ilimitado ningún derecho, ni aún los fundamentales, tampoco lo es la prerrogativa de secreto profesional del abogado. Lo que sitúa la cuestión una vez más en la determinación de los límites del círculo inviolable de cuanto tome en conocimiento o conserve el abogado para la defensa *ad hoc*, toda vez que vendrán llamados a determinar nada menos que la frontera a partir de la cual el abogado, en cuanto sabe, sus **entrevistas o consultas y su archivo** resultan completamente inmunes al conocimiento de los poderes públicos. Ningún pronunciamiento doctrinal tiene la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid al efecto en sede disciplinaria ética que pueda ser extensible a otras sedes, contando exclusivamente para la fijación de tales límites con los criterios sentados por la **doctrina general científica y jurisprudencial** sobre su anclaje en el corazón de los derechos fundamentales del ciudadano, que desgrana la Const art.24, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, que casi hacen de esta prerrogativa un dispositivo apenas sin fisuras ni límites, dado que con cualquiera de ellas convierte la defensa jurídica en pura fantasía y la interpretación que dichas doctrinas van acuñando de los límites que se han venido sentando con base legal y que tienen su arranque difuso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para aquellos supuestos de implicación

del abogado en la comisión de delitos y su centro de gravedad en la prevención y lucha contra el terrorismo, bien en su persecución y represión, bien en su financiación. Dicha **base legal** viene constituida por los siguientes preceptos:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal ( LECr art.579 );
- Estatuto General de la Abogacía Española ( EGAE art.32.2 );
- Ley orgánica general penitenciaria ( LO 1/1979 art.51.2 ); y
- L 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ( L 10/2010 art.7.3,18 y 21 en concordancia con el art.22 ).

1454 Supuestos, a los que se ha venido a añadir uno extraordinariamente singular ligado a las investigaciones en persecución de las infracciones de la legislación europea en materia de **defensa de la competencia** y competencia desleal, a raíz de la Sentencia TJUE 14-9-10, Asunto Akzo-Akros/Comisión C-550/07 .

Preceptos y doctrina jurisprudencial de los que, de acuerdo con su interpretación y aplicación por los tribunales, incluida la sede de amparo constitucional y europea de justicia y de derechos humanos se puede concluir, de un lado, la **excepcionalidad** de la intervención de las comunicaciones abogado-cliente en cualquier sede (comunicación, abogado y archivo) y, de otro, o bien la absoluta necesidad de su **autorización y seguimiento judicial** o la exclusividad de su puesta a disposición de las autoridades del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), con la concurrencia en los órganos centralizados previstos legalmente al efecto, de las autoridades institucionales de la Abogacía. O bien de las autoridades de la competencia.

1456 Siendo obligada la concurrencia de los siguientes **requisitos**:

**1. Casos de intervención judicial ordinaria con el imputado en libertad** ( LECr art.579 y 586 -comunicaciones telefónicas-: TS auto 18-6-92, EDJ 21750 ; 19-10-10, EDJ 215401 28-11-01, EDJ 48522 ). Causa especial:

a) La concurrencia de fundadas pruebas aún indiciarias de que el abogado se encuentre implicado en la comisión de los propios delitos en los que resulten implicados aquellos a los que esté prestando la defensa en cuyo curso se produzcan las comunicaciones a intervenir.

b) Que la autorización judicial se produzca en un proceso penal abierto y en resolución con forma de auto, venga motivada con indicación y reseña del objeto y los sujetos de la intervención, el modo y tiempo preciso de la intervención y los períodos de dación de cuenta al juez de la misma.

c) Seguimiento permanente por parte del juez del curso de la intervención de las comunicaciones y de que esta se está realizando en los términos previamente autorizados y establecidos.

d) Que esta se efectúe con las debidas oportunidad y proporcionalidad absolutas.

e) Transcripción bajo la fe del letrado de la Administración de Justicia.

**2. Casos de intervención judicial de las comunicaciones en prisión** ( LO 1/1979 art.51.2 ; TCo 21-6-94 ; 16-3-98 ):

a) Orden de la autoridad judicial.

b) Que se investigue en orden a la persecución de delitos de terrorismo.

c) Que concurren siempre y a la vez los dos requisitos anteriores.

d) Que previamente se comunique al preso.

1458 **3. Casos de intervención del abogado**, con motivo del ejercicio de sus funciones de asesoramiento y defensa jurídica, en la concepción, realización o asesoramiento de **operaciones financieras o inmobiliarias por cuenta de clientes** (compraventa de inmuebles o entidades; gestión de fondos y cuentas; y organización de aportaciones para la creación, funcionamiento o gestión de empresas, sociedades o *trusts*) ( L 10/2010 art.1 a 22 ):

a) Los abogados vendrán obligados a guardar secreto profesional sin perjuicio de las siguientes **obligaciones** establecidas en la ley de referencia ( L 10/2010 art.22 ):

- diligencia debida: identificación de las personas físicas interesadas en los negocios referidos, identificación del titular real, averiguación de los propósitos e índole de los negocios, seguimiento del negocio y de permanencia de las identificaciones, evaluación de la implicación o riesgo de ella en operaciones de blanqueo o financiación del terrorismo ( L 10/2010 art.1 a 17 y 20 );

- abstención de establecer y ejecutar relaciones de negocio cuando no pueda actuar con las actuaciones obligadas por la diligencia debida ( L 10/2010 art.7.3 );

- comunicación al SEPBLAC, con ocultación al cliente, de hechos u operaciones de las que tengan indicio o certeza de estar relacionado con el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo ( L 10/2010 art.18 );

- colaboración y entrega de documentos ( L 10/2010 art.21 ).

**b)** Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los tres últimos guiones con respecto a la **información** que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos ( L 10/2010 art.22 ).

Resulta evidente que la **no exclusión** en este supuesto ( L 10/2010 art.22 ) de las **obligaciones de diligencia** debida señaladas en el primer guión precedente ( L 10/2010 art.1 a 17 y 20 ), para limitarla a las obligaciones previstas en los tres guiones restantes, ya referidos, solo viene determinada por el hecho de que la exclusión va implícita en el tipo de actuación profesional que prevé el propio supuesto, toda vez que al tratarse de una defensa en sede judicial, ya no se encontrará el abogado realizando ninguna de las operaciones previstas en la propia ley como aquellas que reclaman su aplicación y quedan reseñadas en el título de este apartado 3 de los límites a la confidencialidad.

Cuestión distinta es que, encontrándose el abogado defendiendo a su cliente en **sede judicial** en asunto que traiga causa de las operaciones a las que se refiere la ley ( L 10/2010 art.22 ), le encomiende esta la realización de alguna de dichas operaciones ligadas al asunto judicial en el que le venga defendiendo y que, por tanto, le sometería al cumplimiento de la ley pudiendo entorpecer su buena defensa en sede judicial. Supuesto en el que resulta inevitable, en todo caso, no aceptar tal encargo, pues tendría que asumir respecto del mismo todas las obligaciones previstas en los cuatro guiones precedentes, poniendo en serio riesgo la defensa asumida en sede judicial, de la que resultaría inescindible, o renunciar a toda defensa de dicho cliente, incluida la que venía ejerciendo en sede judicial.

#### 1460 4. Casos de registro de despachos ( EGAE art.32.2 ):

Cuando se proceda al registro de un despacho de abogados por disposición judicial o gubernativa, deberá ser avisado el **decano del Colegio de Abogados** de su residencia (bien por la autoridad actuante, bien por los propios miembros del despacho) con objeto de que él mismo o quien estatutariamente le sustituya, se persone en el despacho y asista a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.

#### 5. Casos de intervención de las comunicaciones o documentación ( TJUE 14-9-10, Asunto Akzo-Akros/Comisión C-550/07 )

En lo que se refiere a los casos de intervención de las comunicaciones o documentación comunicada entre los órganos de administración o dirección de las sociedades o empresas mercantiles en general y la asesoría jurídica interna o *in house*, se excluye de la prerrogativa de secreto profesional las comunicaciones mantenidas por las empresas con sus **abogados internos**, que limita a las que mantengan con sus abogados externos, con base en dos razonamientos que motivan la sentencia: la primera, que un abogado interno no tiene el mismo grado de independencia respecto de su cliente-empresario que uno externo, pues su relación laboral de dependencia le impide solventar de forma tan eficaz como este eventuales conflictos de interés entre sus obligaciones profesionales y los deseos de su cliente y, la segunda, que ese **menor grado de independencia** le hace perder el privilegio de confidencialidad en las comunicaciones con su cliente.

Las consecuencias de dicha sentencia mientras no conforme doctrina jurisprudencial constante o en actividades de investigación en otros ámbitos ajenos a los expedientes en materia de competencia desleal, en relación con uno de los cuales fue dictada, son aún imprevisibles, siendo imprescindible combatirla hasta entonces y para impedir su estabilidad y extensión, dada su falta de fundamento material, toda vez que el privilegio de confidencialidad en las comunicaciones abogado-cliente no es un premio al abogado que se mantiene independiente (es decir, que cumple su obligación de independencia con acrisolado reconocimiento o tiene poco riesgo de incumplirla), sino un **derecho fundamental de su cliente**.

#### Precisiones

**1)** Toda extralimitación de los poderes públicos en sus facultades de investigación, que impliquen la violación del secreto o la confidencialidad de la comunicación al abogado o la tenencia por este de cualesquiera circunstancias, datos o hechos relacionados con el interés de la defensa *ad hoc*, incurre en **causa de nulidad** por indefensión.

**2)** Todos los límites establecidos a la prerrogativa de **confidencialidad** del abogado frente a los poderes públicos en relación con las comunicaciones con su cliente y el conocimiento o archivo de sus contenidos, son absolutamente excepcionales.

**3)** Dicho **carácter de excepcional** hace de los difusos contornos de dichos límites y de sus no pocas veces arbitraria determinación por los tribunales de justicia, aparte de una contradicción en los términos, una fuente permanente de riesgos para el derecho fundamental de defensa, que convoca a los abogados y a sus instituciones colegiales de amparo de la defensa a un constante estado de excepción ante y frente a la intervención de los poderes públicos en su detrimento.

4) La mayor parte de los **límites legales** al privilegio de confidencialidad del abogado, deben reclamar un continuo empeño de la abogacía por su más estricta limitación y por su más detallada regulación en una Ley Orgánica del Derecho Fundamental de Defensa, aún sin desarrollo legislativo en España.

## B. Amparo colegial

1462	1. Amparo colegial en el ejercicio de su función	1464
	2. Amparo positivo	1466
	3. Amparo en sede disciplinaria colegial. Amparo negativo	1470
	4. Amparo judicial	1472

### 1. Amparo colegial en el ejercicio de su función

(EGAE art.3.1, 33.2 -registros de despachos- y 3, 34.c, 35.b, 41 y 53.p)

1464 El amparo colegial es la segunda competencia pública de los colegios profesionales, junto con la competencia disciplinaria en materia de ética profesional. Y podría definirse como la facultad de respaldar a sus colegiados **frente a los poderes públicos**, con motivo de sufrir una injerencia o limitación prohibida de las prerrogativas que les asisten en el ejercicio de su profesión.

Aunque el amparo colegial está enunciado en el Estatuto General de la Abogacía Española ( EGAE art.33.2 -registros de despachos-, 33.3, 34.c, 35.b y 41 ) y aparece entre los fines de los colegios de abogados ( EGAE art.3.1 ), así como entre las atribuciones de sus Juntas de Gobierno ( EGAE art.53.p ), su régimen jurídico **carece de regulación**. Motivo por el cual, en la actualidad el ejercicio del amparo colegial ni tiene transcendencia jurídica autónoma, ni se ejerce de forma reglada de suerte que, tradicionalmente, los colegios han venido limitando su actividad en la materia a actuaciones de tipo difuso o informal, sin perjuicio de acuerdos puntuales de la Junta de Gobierno ante casos gravísimos y flagrantes.

Es por dicha razón por la que cualquier paso hacia la **modernización** de nuestros colegios, es decir, su fortalecimiento jurídico e institucional, resulta imposible sin la regulación estatutaria de las prerrogativas del abogado en el ejercicio de la defensa y su régimen de amparo pues, junto con sus obligaciones éticas y su régimen sancionador (sí regulados en el EGAE), constituyen el corazón del «Estatuto de la Defensa». «Bloque estatutario» de la defensa que, además y por supuesto en el EGAE, debería quedar integrado en la norma que venimos demandando y denominando Ley Orgánica del Derecho Fundamental de Defensa.

Partiendo de los anteriores presupuestos, resulta evidente que la regulación del amparo colegial y su ejercicio efectivo, junto con la regulación de las prerrogativas del abogado en el ejercicio de la defensa, requiere la introducción en el EGAE de un verdadero régimen de amparo, simétrico al disciplinario ( EGAE art.80 s. ), en un nuevo Título IX.

### 2. Amparo positivo

(EGAE art.3.1, 33.2 -registros de despachos- y 3, 34.c, 35.b, 41 y 53.p)

1466 Cuando un abogado en el ejercicio de su función de asesoramiento y defensa jurídicos sufra cualquier tipo de extralimitación de cualquier autoridad pública, juzgado o tribunal que coarte, limite o viole su libertad o independencia facultativas (independencia, libertad de expresión o confidencialidad de sus comunicaciones con su cliente -nº 1404 s. -) o bien no se le guardase por aquellas la consideración debida a su profesión, podrá hacerlo constar así ante la autoridad o tribunal actuante bajo la fe del secretario y dar cuenta a la junta de gobierno de su colegio que, si estima fundada su queja, adoptará las medidas necesarias para amparar la **libertad, independencia y prestigio profesionales** ( EGAE art.41 ). Formulación que resume y compendia cuanto el propio EGAE señala con igual contenido en sus art.33.3, 34.c y 35.b).

Se trata de lo que debe denominarse como amparo **positivo** y propio, que no es sino la genuina forma de amparo o amparo como **«acción»**, es decir, la actividad o acción institucional destinada al respaldo declarativo de la función de la defensa frente a los poderes públicos, unido al reproche activo de las actuaciones de los demás poderes públicos (el propio colegio lo es también en sede disciplinaria deontológica) que hubieran podido incurrir en el ejercicio de sus potestades en la limitación, violación o preterición de las dichas prerrogativas de la defensa del abogado respaldado.

De tal suerte que, a la vista del precepto citado, siendo la prestación del amparo colegial solicitado una competencia colegial estatutariamente obligada por dicho precepto, uno de los **fines** esenciales de los colegios de abogados según el EGAE art.3.1 y una de las **atribuciones** estatutarias de sus Juntas de Gobierno según EGAE art.59.p) , debe concluirse y resulta evidente que, aunque el régimen del amparo no venga regulado en el propio texto estatutario, presentada una **queja contra autoridad** administrativa o judicial por un colegiado en solicitud de amparo, la junta de

gobierno deberá, en virtud de los preceptos que acaban de señalarse, tramitar un expediente de amparo que culmine con un acuerdo o resolución tras evacuar los trámites que estime oportunos, por la que declare si estima o no fundada la queja y, resolviendo denegar u otorgar el amparo solicitado, acuerde la medida que considera necesaria para prestarlo en el caso de haberlo otorgado. Amén de ejecutar dicho acuerdo a continuación, llevando a fin y efecto la medida acordada. Pues solo así podrá cumplir el mandato claro y concluyente del EGAE art.41 citado y concordantes.

- 1468 Siendo de concluir que solo se podrá obtener amparo colegial y alcanzar su regulación, si los abogados que se vean necesitados del mismo por haber sufrido las injerencias indebidas a las que se remite su ejercicio, lo **solicitan y exigen la actividad colegial** referida en la que el amparo «positivo» consiste.

Mención especial de amparo positivo merece el supuesto contemplado en EGAE art.33.2 para el trance de **registros de despachos** por las autoridades o poderes públicos competentes, como único caso de intervención directa e inmediata de los colegios en amparo de la prerrogativa de confidencialidad del abogado en sede de archivo o tenencia y que ya ha sido contemplado en el punto 4 de los límites a dicha prerrogativa (nº 1460 ). No sin señalar que de dicha diligencia y a solicitud del abogado que lo sufra, como no, podría derivarse un expediente de amparo positivo, en el que resultaría capital a efectos de prueba el propio informe de la autoridad colegial interviniente.

### 3. Amparo en sede disciplinaria colegial. Amparo negativo

(EGAE art.3.1, 33.3, 34.c, 35.b, 41 y 53.p)

---

- 1470 Como queda dicho en el nº 1466 s. , las **juntas de gobierno** de los colegios también son poder o autoridad pública en sede disciplinaria ética ( EGAE art.80 s. ), en la que ejercen el control de la actividad profesional de sus colegiados con objeto de sancionar las conductas que pudieran contravenir los preceptos de su Código Deontológico. Lo que necesariamente les obliga a ejercer eso que debe denominarse como «amparo negativo», que sería aquel que ejercen las propias juntas de gobierno en el «juicio» disciplinario *ad hoc* que vienen llamados a efectuar en los expedientes tramitados en materia deontológica y en los que el amparo lo ejercerían no como «acción» sino como **«excepción»** o acción de respeto riguroso de las prerrogativas del abogado en el ejercicio de la defensa para evitar invadir el exclusivo territorio de la libertad facultativa del abogado ejerciendo su competencia disciplinaria. Excepción que, en dicha sede pueden y deben plantear en su defensa los colegiados que se vean interesados en un **expediente disciplinario deontológico**.

Resulta abundante la **casuística** de la prestación de tal amparo en multitud de acuerdos de las juntas de gobierno de los colegios, siendo paradigmáticos los casos publicados por la Revista Otrosí del Colegio de Abogados de Madrid en sus números 27, 3ª época (junio 2001) y 45, 3ª época (marzo 2003).

Siendo de señalar que, en tales casos, no procedería la activación separada y a un mismo tiempo del amparo colegial «positivo» en su sede toda vez que, siendo el mismo órgano el competente para resolverlo (la Junta de gobierno), debe hacerlo exclusivamente en **sede disciplinaria**, ejerciendo su doble competencia pública en el mismo caso, en evitación de escindir la contingencia de la causa y el ejercicio de su doble función por separado en relación con el mismo caso planteado.

### 4. Amparo judicial

(EGAE art.33.3 y 4)

---

- 1472 Como supuesto que debe considerarse de amparo «negativo» o de amparo **«mixto»** se plantea el señalado en LOPJ art.542 y concordantes del EGAE mencionados en el título de este epígrafe, que remiten el amparo del abogado en sus prerrogativas a los propios poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones, cuando sancionan que los abogados deberán ser amparados en su libertad de expresión y **defensa por los juzgados y tribunales o autoridades**. Que sería algo así como el que vienen llamados a ejercer los colegios en sede disciplinaria ética (nº 1470 ).

Resulta evidente que lo normal es que dicho llamamiento, que de otra parte nos es más que a cumplir las leyes que amparan el ejercicio de la abogacía, sea cumplido por los poderes públicos de ordinario haciendo viable cotidianamente todo el sistema jurídico que articula la Administración pública incluida la de justicia, siendo la variante singular de este tipo de amparo, motivo por el que se denomina «mixto», que su preterición se depura como amparo «positivo» o amparo como «acción», toda vez que la violación hipotéticamente sufrida por el abogado en sus prerrogativas solo puede corregirse en virtud de la acción del mismo o de su **colegio**, en las propias sedes de revisión previstas por las leyes dentro del sistema jurídico que regula la actuación de los poderes públicos extralimitados, llamados a no hacerlo y que, como no podía ser de otro modo, culmina en el **Tribunal Constitucional**, en cuya «jurisprudencia» se encuentran con facilidad multitud de ejemplos de amparo negativo positivado, en los que el mencionado Tribunal resuelve, como poder público, sobre el amparo pretendidamente olvidado por los demás poderes.



## Normas éticas de la abogacía. Obligaciones principales

1474	A. Obligación de independencia	1476
	B. Obligación de diligencia	1492
	C. Obligación de secreto profesional	1518
	D. Obligación de dignidad	1560

### A. Obligación de independencia

1476	1. Diferencias con la prerrogativa de independencia	1478
	2. Construcción del tipo y ámbito de vulnerabilidad	1480
	3. Elementos de la acción de su quebranto	1486
	4. Punibilidad	1490

#### 1. Diferencias con la prerrogativa de independencia

(EGAE art.33.2; CDA art.2)

1478 La obligación de independencia es una de las obligaciones fundamentales del abogado que informan el conjunto de nuestras obligaciones deontológicas y no debe confundirse con la independencia como prerrogativa del abogado en el ejercicio de la defensa pues, si en esta nos encontráramos en el territorio de la «**inmunidad**» facultativa, ahora y como obligación deontológica, nos encontramos en el territorio de la «**lealtad como deber ético**». Sancionada como deber de conducta del abogado ( CDA art.2 ), viene integrada por una doble lealtad: Lealtad intelectual, según su mejor saber y entender técnico-jurídico, para con el buen fin del interés objetivo defendido; y lealtad moral en relación con la licitud del mismo. De origen ético, nace de la exigencia de lealtad e integridad que reclama su función, destinada a preservar tanto el **vínculo de confianza** que le une con su cliente, cuanto el vínculo entre el derecho de defensa y el fin supremo de la realización de la justicia, de cuya consecución resulta pieza indispensable nuestra profesión ( EGAE art.30 ); vínculo de confianza también que, en este caso, le une con la sociedad.

#### 2. Construcción del tipo y ámbitos de vulnerabilidad

(EGAE art.33.2; CDA art.2)

1480 **A. El tipo:** para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes el abogado tiene el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos, frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su propio cliente o sus propios compañeros o colaboradores, obligándole a rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios **criterios profesionales**, pretendan imponerle, cesando en la intervención de que se trate cuando considere que no puede actuar con total independencia. Versión razonable de CDA art.2.2, 3 y 4 que, como podrá observarse, carece de toda **tipicidad** sencillamente por no establecer qué es la independencia y aún peor y por ello, cuál es la acción en su quebranto. Aunque, eso sí, señala los ámbitos de su vulnerabilidad, que se señalan a continuación.

#### 1482 B. Ámbitos de vulnerabilidad:

**a) Terceros, ajenos a la relación abogado-cliente.** Ámbito en el que cabe incluir a cualquier individuo, sociedad, asociación, organización, instituto o colegio profesional, y a la Administración del Estado y sus funcionarios, sean o no de la propia Administración de Justicia: presiones de un pariente de nuestro cliente acuciado por odios o inquinas familiares o vecinales; o de un juez de Instrucción para acordar la libertad de un detenido, con o sin fianza; o de un ponente de sala de lo penal para prestar una conformidad a cambio de una condena que permita la suspensión condicional de la misma; o de la organización política o sindical a la que pudiéramos pertenecer, para manejar de una forma determinada una negociación o conflicto colectivos o un juicio, etc.

**b) Desde el cliente.** El abogado también debe mantenerse independiente frente a su propio cliente, ya que el interés subjetivo de este o su conveniencia, no siempre coinciden con el interés que objetivamente le atribuyen la ley y las circunstancias en el conflicto que padece. La **lealtad con el interés objetivo** es a su vez la lealtad con nuestro cliente, pues solo seremos leales a este si le prestamos información veraz en ciencia y conciencia, e inmediata, de todo cuanto concierna al interés encomendado: posibilidades de triunfo, camino para alcanzarlo, ventajas de una posible transacción, conveniencia o no de interponer determinado recurso, riesgo y coste de todo ello. De modo que el cliente

pueda decidir con total libertad si, en tales condiciones, está dispuesto a encargarnos la defensa y mantenernos en ella. Lo que no quiere decir que el cliente pueda obligar a su defensor a desempeñar la defensa como él quiera, desee, o le interese, ni que esté llamado a dirigirla, a organizarla, o a determinarla; pues planteada con claridad la visión facultativa del abogado, y encargada a este la defensa, el abogado debe actuar, decidir, determinar, organizar y dirigir aquella con total libertad.

La posible contradicción entre el interés objetivo y el interés subjetivo de nuestro cliente reclama continuamente del abogado, a lo que un sector de la doctrina científica denomina «**la administración del cliente**», que viene constituida por una doble tarea: ayudar a este a que se identifique en la mayor medida posible con su interés objetivo y, en sentido inverso, adecuar en lo posible la defensa encomendada al interés subjetivo de su cliente. Si a pesar de ello el cliente estuviera en desacuerdo con el modo en que su abogado enfoca la defensa, el único derecho que le asiste es a sustituirlo por otro, del mismo modo que llegado al mismo punto y de recibir presiones intolerables de su cliente sobre el modo de efectuar la defensa o de dirigirla, el abogado está obligado a poner fin a la relación profesional.

1484 En esta tensión que plantea la relación con el cliente se insertan problemáticas sectoriales tan importantes y trascendentes como la de los **abogados de empresa** (incluidos los despachos de abogados societarios) bajo **contrato laboral**, y la de los abogados **al servicio de la Administración**, como formas del ejercicio de la profesión en las que la independencia aparece colocada en una posición especialmente vulnerable hasta el punto que de ella se hace eco, aunque en sentido jurídico elevado al absurdo la sentencia TJUE 14-9-10, asunto Akzo-Akros/Comisión C-550/07 que se ha comentado en los límites a la prerrogativa de confidencialidad del abogado (nº 1446 s. ).

c) Y por último, **desde el propio abogado**. Pues también el abogado vive en su fuero interno la tensión entre el interés que defiende y su propio interés, constituido por sus derechos económicos en concepto de **honorarios** y que podría llevarle a ser desleal con el interés objetivo del asunto encomendado, alentando equivocadamente al cliente al ejercicio de acciones infundadas, a la interposición de recursos inviables o al cierre de transacciones inconvenientes con el único propósito de consolidar sus honorarios.

### 3. Elementos de la acción de su quebranto

(EGAE art.33.2; CDA art.2)

1486 De los ámbitos de vulnerabilidad antes señalados se desprenden los elementos del tipo, que configuran la infracción del deber de independencia como una acción compleja, integrada necesariamente por dos elementos. De una parte, por una actuación profesional aparente o formalmente idónea, pero materialmente infundada o ilícita. Y, de otra y a un tiempo, por cualquiera de las siguientes acciones: Cuando la **actuación profesional es infundada**, por una información no veraz al cliente sobre el verdadero alcance de dicha actuación profesional en relación con su interés objetivo, que le lleve a consentirla y encargarla. Y cuando la **actuación profesional es ilícita**, por una actuación delictiva, aún mediando información veraz al cliente y actuando de común acuerdo con él, de mayor o menor grado.

Ejemplos claros de ambos supuestos de **infracción de la obligación de independencia** lo serían, en el primer caso, convencer al cliente como modo de obtener el encargo del mismo para ejercitarla, de que el ejercicio de una acción de retracto en relación con su vivienda, no vendida aún, le permitirá adquirir la misma por un precio inferior al que se le ofrece en tanteo y, obtenido el encargo y recibida provisión de fondos, interponer la correspondiente demanda, abocada indubitadamente al fracaso; y en el segundo caso, asesorar a nuestro cliente e intervenir por su encargo en la formalización de operaciones de blanqueo de dinero obtenido ilegalmente o en operaciones de ingeniería financiera que le permitieran apropiarse indebidamente de fondos ajenos.

1488 Si las acciones que integran la infracción no se dan juntas y con unidad de propósito, nos encontraríamos ante otras infracciones deontológicas; bien ante una falta de diligencia en el conocimiento técnico de las normas jurídicas aplicables para la defensa del asunto encomendado; bien ante una falta de lealtad o integridad simple; bien ante una falta contra la dignidad de la profesión.

En cuanto al **elemento subjetivo** de la infracción, viene este constituido en todos los casos por el **ánimo de lucro** referido a la consolidación de honorarios, amén del dolo implícito en la intencionalidad de una acción encaminada a favorecer el interés propio, en detrimento u olvido del interés objetivo del cliente o la licitud del mismo.

#### Precisiones

1) No interesa a la deontología y queda fuera de la infracción que analizamos, para quedar circunscrito en el ámbito de lo que hemos denominado «**la administración del cliente**» y la prerrogativa de independencia cuanto se refiera a la decisión del abogado para atemperar su actuación al interés subjetivo de su cliente y la medida en que lo haga mas o menos forzosamente en contra de lo que considere sea el interés objetivo determinado en ciencia y conciencia. E incluso que pueda o deba atemperar su criterio en ciencia y conciencia con el fin de mantener su puesto en una

empresa, en un sindicato, en un organismo de la administración o para mantener su relación con un buen cliente. Amén de que las más de las veces el interés objetivo del cliente resulta imposible de determinar de forma unívoca y excluyente, ya que ni los problemas tienen siempre una única y correcta solución, ni las normas jurídicas una única y posible interpretación.

2) Por tanto, la única frontera ética que puede establecer la deontología, de exigible respeto a todos los abogados sin distinción para preservar la obligación de independencia, es aquella en la que en todo caso aparece **quebrantada dolosamente la lealtad al cliente** o al interés supremo de la justicia. Lo que solo ocurre cuando se obtiene un encargo mediante engaño o se incurre en conducta ilícita o delictiva, aún con lealtad al cliente y en colaboración con él.

#### 4. Punibilidad

(EGAE art.84.c, 2º inciso)

1490 Es criterio extendido considerar las infracciones señaladas como **muy graves**, debido al dolo específico que supone la deslealtad al interés defendido o al de la justicia, en beneficio propio; y a la especial indefensión de la víctima ante el ataque recibido, pues proviene de quien menos lo espera por unirle al mismo una relación de confianza, éticamente regulada.

### B. Obligación de diligencia

1492	1. Contenido de la diligencia o cuidado	1496
	2. Tipo, elementos y clases	1498
	3. Acción y daño	1508
	4. Normas de buena defensa y el cliente	1512
	5. Punibilidad	1516

1494 La obligación de diligencia constituye el núcleo esencial de las obligaciones estrictamente profesionales del abogado, que tienen su **origen** en el contrato que le une con el cliente desde que acepta el encargo de defender sus intereses. Nace esta en CC art.1104 y 1258 , y la elevan a norma deontológica EGAE art.42 , CDA art.4.1, 13.10 y 11 y el principio de Integridad recogido en CDA art.4 .

Se compone de tres elementos o actividades esenciales: **conocimiento, toma de decisiones y ejecución** de estas en la forma y en el momento oportuno. La diligencia es el modo, la manera, el cómo se perciben y se realizan dichas actividades. Es un estado de ánimo o posición intelectual general y, a la vez, un modo de comportarse que se caracteriza por las notas de prevención, agilidad y precisión técnica en la ejecución de los actos o funciones de la defensa.

#### 1. Contenido de la diligencia o cuidado

1496 Sobre la obligación civil de diligencia, pero independiente de esta, se levanta un **deber ético** que la trasciende y convierte al abogado en garante genérico del interés patrocinado y que lo obliga en estado activo y en estado pasivo, sedente o de espera, sobre el que se levanta la confianza en el abogado en el convencimiento de que defenderá los intereses encomendados con todo empeño y dedicación y asistido de los especiales conocimientos técnicos que le proporciona su **capacitación profesional** y, además y especialmente, como si fuera el propio cliente y en su sustitución, situando el contrato de prestación de servicios jurídicos para la defensa en sede de mandato.

Es independiente del resultado material que se alcance al problema planteado, pues no consiste en hacer que las cosas ocurran como se desea, sino en hacer todo lo necesario para ello. Y exige no solo dar la **respuesta adecuada** con la rapidez requerida a cada uno de los acontecimientos que se produzcan en el desarrollo del conflicto, sino además, tener previsto lo necesario para dar la respuesta adecuada a cuantos imponderables puedan producirse de acuerdo con la lógica y la técnica aplicable al problema de que se trate. No es ajena a la experiencia, con la que guarda una relación inversamente proporcional: a menor experiencia resulta exigible una mayor diligencia. Y, en su caso, acudir a quien más sepa y pueda **aconsejar entre los compañeros**, a lo que obliga el CDA art.12 ; e, incluso, rehusar la defensa si el asunto de que se trate desborda su capacidad, a lo que obliga el art.13.8 del mismo Código.

#### 2. Tipo, elementos y clases

#### 1498 Elementos del tipo básico

Como ocurre con la mayoría de normas éticas, tampoco la obligación de diligencia está debidamente tipificada en el CDA. Pero, partiendo de lo dicho más arriba, para que se produzca la acción u omisión típica, resulta necesario

que concurren los siguientes elementos: uno subjetivo constituido por la ausencia de las manifestaciones tanto interna como externa del **deber de cuidado** o ausencia de prevención, agilidad, o precisión técnica; y dos elementos objetivos, el uno, el objeto de la falta de cuidado, que debe ser la ejecución de los actos o **funciones propias de la defensa**, y el otro, que esa falta de cuidado provoque o produzca una **lesión o daño** en el interés defendido, en el interés del cliente o en el interés de la justicia.

Pudiendo construirse el **tipo de la infracción** contra la diligencia del siguiente modo virtual: «Incorre en falta de diligencia el abogado que en el desempeño de la función de la defensa no realiza con la debida prevención, agilidad o precisión todos o cualquiera de los cometidos que dicha función le exige, causando con ello cualquier daño o perjuicio material, sustantivo, o adjetivo, al interés defendido, a cualquier otro interés de su cliente o al interés de la administración de justicia en su funcionamiento».

Por tanto, con la excepción que luego se estudiará, la infracción de la obligación de diligencia se sitúa en general en el ámbito de las **faltas de imprudencia** o culposas y, como ocurre con los delitos o faltas de imprudencia en el ámbito penal, en las infracciones contra la obligación ética de diligencia se produce tanto un desvalor en la acción como un desvalor en el resultado aunque, razones que se resumen en el principio de mínima intervención del derecho punitivo y sancionador, imponen que solo se contemple el castigo por imprudencia o falta de diligencia cuando a la acción se ha seguido un resultado, situando a este de forma normativa impropia en el tipo, causando con ello no solo que desde el punto de vista dogmático aparenten ser infracciones de resultado cuando no lo son, sino también que desde el punto de vista de la acción o elemento objetivo del tipo, esta no pueda considerarse consumada hasta que el resultado no aparezca y se manifieste de forma consolidada.

#### 1500 Subtipo agravado o impropio. Abandono de la defensa

Existe un tipo de falta de diligencia agravado que, en contra de lo establecido en el tipo básico, es doloso y para su consumación no resulta necesaria la causación de un resultado lesivo, siendo suficiente con la creación de una mera **situación de peligro**, semejante a la constitutiva de las faltas de riesgo: nos referimos al abandono de la defensa.

El abandono de la defensa es una **falta continuada de diligencia** que viene determinada por la inactividad total o material en las funciones propias de la defensa cuando la intervención profesional se produce en el curso de un procedimiento de cualquier clase en cualquier orden jurisdiccional o administrativo en marcha y como consecuencia de la cual no se produce un resultado lesivo que pueda imputarse a dicha inactividad por no mantener con ella una relación directa de causa-efecto.

**Ejemplos** clásicos del abandono de la defensa que se desprenden de la casuística disciplinaria y que han sido sancionados por la junta de gobierno son, no realizar actividad probatoria alguna en pleito civil tras una contestación a la demanda de mera oposición formal, eludiendo evacuar trámite de conclusiones. Mantenerse en defensa penal de oficio en una actividad absolutamente a rastras de la actividad indagatoria del juez o del fiscal asistiendo exclusivamente a las diligencias acordadas, sin visitar al cliente en prisión, sin solicitar en dos años ni una sola vez la libertad provisional ni recurrir en reforma o apelación ni una sola vez las resoluciones denegatorias de libertad dictadas frente a las solicitudes directas y reiteradas del propio justiciable desde el centro de detención, desesperado por la inactividad absoluta de su defensor y sin solicitar ni una sola diligencia de prueba exculpatoria, siquiera fueran careos con el resto de detenidos.

1502 En tales supuestos el abogado se ha mantenido intencionada y, por tanto, dolosamente inactivo economizando su esfuerzo y diligencia por desidia o agobio de trabajo mientras lucraba su intervención, aún siendo de oficio, aparentando y escondiendo su inactividad con su mera presencia formal en el seguimiento del proceso, pero sin realizar actuación alguna o al menos de alcance material. Solo se aprecia en **casos claros y flagrantes** que superen la concurrencia del bloqueo revisorio que otorga al abogado la prerrogativa de Independencia y la sanciona como infracción grave, pues coloca al letrado en infracción dolosa (siquiera sea eventual) de las normas de la buena defensa y del buen ejercicio de la abogacía que va situar el interés defendido en una situación de riesgo intolerable aparte de generar en el justiciable la más absoluta y justificada sensación de indefensión.

#### 1504 Encargo como presupuesto de la infracción. «Mero retraso»

Resulta presupuesto imprescindible de la infracción, tanto en el tipo básico como en el agravado o impropio, que exista un encargo aceptado por parte del abogado de defender un interés determinado, del que se desprenda la obligación de ejercer la función de la **defensa *intuitu personae***. Presupuesto especialmente trascendente en el supuesto en el que la obligación de actuar dependa exclusivamente de la voluntad del abogado porque no exista procedimiento en marcha o riesgos perentorios y el daño se limite al mero retraso. Es el supuesto de «mero retraso» en la defensa por transcurrir el tiempo sin que el abogado inicie o active el interés encomendado, ejercitando las acciones pertinentes mediante la presentación de una demanda o una querrela. En tal supuesto, en el que no se produce perjuicio alguno salvo la dilación o el mero retraso, es doctrina constante que no se produce infracción por falta de tipicidad, por cuanto el mismo no es imputable al abogado sino también al **cliente**, ya que el retraso solo resulta posible si es consentido por este, que no puede imputarlo de forma súbita y unilateral mediante queja, pues debe entenderse que ha venido aceptando el mismo y renovando tácitamente el encargo por tracto permanente y

sucesivo. El cliente podrá, eso sí, revocar el mandato y encomendar la defensa a otro defensor, «castigando» así al moroso, pero en modo alguno pretender el reproche disciplinario 5 años después, si él mismo no lo ha hecho patente por actos propios mucho antes, cambiando de defensor. Cuestión distinta será que el retraso sea de tal magnitud que alcance a provocar la **prescripción de derechos o acciones** que asistan al cliente o la caducidad de estas, que en origen no eran riesgos perentorios pero acabaron siéndolo, causando daño o lesión en el interés encomendado. Pues en tal caso se produciría infracción de la diligencia básica y no dolosa e impropia al impedirlo igualmente la propia desidia o consentimiento de la dilación por parte del cliente.

- 1506 Mención sucinta a la luz de lo expuesto cabe hacer del **engaño del abogado** a su cliente para cubrir la falta de diligencia en cualquiera de los tipos contemplados e incluso en el mero retraso. Pues en tal supuesto nos encontraríamos no ante una falta de diligencia dolosa, que como queda expuesto no cabe salvo en el tipo impropio estudiado, sino de nuevo ante una falta grave contra la independencia por la vía del CDA art.2 , en concurrencia con la de diligencia y en la infracción agravada que tal concurrencia provocaría.

### 3. Acción y daño

---

#### 1508 Contenido

Para que se produzca la conducta típica resulta necesaria la causación de un daño al interés defendido, al cliente o a la administración de justicia, como consecuencia de la acción u omisión realizada con falta de cuidado y unida con ella por una **relación directa de causalidad**. Lo que quiere decir que el daño o perjuicio debe producirse para la perfección de la acción típica de la infracción contra la diligencia y que esta no se habrá agotado con la actuación torpe o realizada con ausencia de cuidado y que solo se consumará cuando se consolide de forma irreversible la lesión del interés de que se trate.

Ello plantea algunos problemas, el más importante de los cuales se centra en establecer el momento en el que se produce, consolida o consume el daño o lesión en aquellos supuestos en los que el daño viene determinado por o en una resolución judicial cuya firmeza no depende de la voluntad del abogado sino de su defendido en base a la decisión de recurrirla o de hacerlo mediante el concurso de otro defensor. Cuestión que debe ser solucionada, aún con un debate doctrinal siempre abierto, a favor de que el daño se produce con la **firmeza del pronunciamiento judicial** que agote todos los recursos posibles, jurisdiccionales o no, ordinarios o extraordinarios, defendidos o no por el letrado causante del primer pronunciamiento perjudicial, siendo exigible al justiciable agotar todos los recursos considerando lo contrario no ya como ruptura de la relación causal entre la actuación negligente y el daño, sino como propia ausencia de daño por desistimiento del justiciable de su interés y, por tanto, como ausencia de tipicidad. Con dos **excepciones**: el abandono total de la defensa por parte del abogado, ya estudiado. Y la falta de diligencia del tipo básico que consista precisamente y en el mismo asunto, en causar a su cliente la pérdida de la posición procesal necesaria para seguir el procedimiento. Situaciones en las que no resulta posible exigir al justiciable una conducta distinta para acreditar la relación causa efecto entre la conducta torpe, errónea o negligente y el daño producido.

#### 1510 El problema de la prescripción

Si la acción no puede considerarse consumada hasta que el resultado no aparezca y se manifieste de forma consolidada, la inevitable consecuencia posterior a efectos de la prescripción de la falta no es otra sino que el «**dies a quo**» o la fijación del término inicial para el cómputo del plazo prescriptivo debe situarse en el momento en el que se produce el resultado y no en el momento en el que se hubo realizado la acción. Todo ello como ocurre en derecho penal en relación con los delitos de resultado en general, aún y para el supuesto específico y problemático en el que los resultados se producen a largo plazo, especialmente en los delitos imprudentes, en los que la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencial constante se pronuncian por dicha solución, pese a lo discutido del tema que dista mucho de ser pacífico no solo en cuanto a la concepción dogmática del instituto prescriptivo sino a la del propio delito imprudente como delito de resultado.

### 4. Normas de la buena defensa y del cliente

(CDA art.13)

---

- 1512 La cuestión más importante que suscita la falta de cuidado no recae sobre el contenido de la acción típica de la infracción, que es precisamente actuar con ausencia de diligencia según ha quedado esta definida, sino sobre su objeto. Determinar con la máxima precisión cuales sean los contenidos de la **función de la defensa**, pues aunque el Código Deontológico art.11 y 13 contienen algunas exigencias o prohibiciones que recaen sobre acciones singulares típicas de dicha función, ni en los preceptos que lo establecen, arriba citados, ni en precepto alguno del Código Deontológico, ni en protocolo separado de usos o costumbres profesionales, existe un catálogo o capítulo que especifique de forma completa y desglosada cuáles son todas las actividades o actuaciones a las que alcanza la función de la defensa cuya preterición constituya quebranto deontológico de la obligación de diligencia, que lleve

aparejado reproche disciplinario. Algo así como lo que en arquitectura se reúne bajo el título de «Normas de la Buena Construcción», o estándares de calidad en los protocolos del proyecto y dirección de las obras de edificación, pero en relación con la defensa jurídica.

- 1514 Pese a la **utilidad informativa y formativa**, e incluso interpretativa para su práctica y exigencia, que reportaría contar con un compendio escrito de las «Normas de la Buena Defensa y del Buen Ejercicio de la Abogacía», la carencia del mismo obedece simplemente a su dificultad como empeño de tipificación exhaustiva de las actividades cuya preterición aumenta el riesgo del interés defendido más allá de lo consentido y coloca a su autor al borde de la imprudencia, pues siempre acabaría siendo una guía abierta por amplia que fuera, toda vez que siempre podrían encontrarse en la casuística supuestos prácticos que no vinieran previstos en dicho compendio.

Pese a lo dicho sobre la extensión de las funciones que abarca la función de la defensa y sin perjuicio de las dificultades ya comentadas para su **determinación exhaustiva**, cabe interpretarlas con un criterio extensivo y amplio en relación con sus límites, considerando que el abogado recibe con el encargo aceptado un mandato general del cliente para gestionar su defensa en el asunto concreto como si fuera el propio cliente y en sustitución de este, que lo coloca éticamente en situación de garante genérico de su interés, aún más allá del deber de cuidado propio del derecho común.

## 5. Punibilidad

- 1516 La doctrina constante respecto de la punibilidad viene considerando reiteradamente que existen dos elementos en la infracción de diligencia que deben regir la temperancia en la calificación y reproche de la misma: su **naturaleza culposa** básica y que la falta de simetría en el tipo entre el desvalor en la **acción** y el del **resultado** no deben hacer recaer en este y en el alcance del perjuicio causado la graduación de la calificación de la gravedad de la infracción o la intensidad del castigo.

Lo que impone que se venga calificando la **infracción del tipo básico** como:

**a) Leve** cuando se aprecia un error simple o descuido con resultado de baja intensidad o, como mucho, grave; limitando la sanción en este caso a sus tramos inferiores (por hasta quince días de suspensión en el ejercicio de la profesión), según aumente de forma extraordinariamente gravosa la intensidad del resultado.

**b) Grave**, con sanción aumentada dependiendo de las circunstancias concurrentes, en el tipo doloso especial o impropio.

**c) Grave** con sanción en tramos superiores de **hasta 3 meses** de suspensión, o **muy grave**, cuando la infracción de diligencia aparece asociada o concurrente con infracciones graves de deslealtad o indignidad profesional (engaños, falsedades etc.), para cubrir la infracción de la diligencia o, sobre todo, para consolidar honorarios ilegítimos o indebidos.

## C. Obligación de secreto profesional

1518	1. Obligación de secreto	1520
	2. Diferencias con el secreto como prerrogativa	1522
	3. Naturaleza como derecho del justiciable	1524
	4. Confidencialidad como presupuesto	1526
	5. Sistema de bloqueo	1532
	6. Ámbito subjetivo de cobertura: límites de la confidencialidad y terceros	1534
	7. Tipos específicos. Comunicaciones orales y escritas entre abogados	1538
	8. Punibilidad	1550
	9. Prevalencia del deber de secreto sobre otros derechos u obligaciones	1552

### 1. Obligación de secreto

(Const art.24; LOPJ art.542.3; EGAE art.32.1, y 34.e; CDA art.5)

- 1520 Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. Esa es la fórmula jurídica que campa en todos los preceptos citados que recogen la obligación ética de secreto profesional, de la que lo más llamativo es, de nuevo y una vez más, su más absoluta falta de adecuación al **principio de tipicidad**, hasta el punto de que, si bien queda clara la obligación con absoluta contundencia, esta lo es de tal magnitud que, de acuerdo con ella y sin más, resultaría imposible el

ejercicio de la abogacía, pues son muchos los escritos de demanda o contestaciones a ella, escritos de defensa o conformidades e informes orales, en los que el abogado acepta o relata hechos que conoce por razón de su actuación profesional y son objetivamente sensibles para el interés defendido, aunque lo son menos que otros que debe ocultar, por ser así lo más conveniente desde su independencia facultativa para la defensa *ad hoc* de acuerdo con la *lex artis*. Por lo que resulta crucial el **desarrollo doctrinal** del tipo ético para dibujar con precisión los contornos de la acción en su quebranto.

De origen ético y no contractual, nace destinado a proteger la función de la defensa, no solo por lealtad al interés defendido y al cliente, sino también por necesidades institucionales e instrumentales de primer orden, pues sin la garantía absoluta del **sigilo profesional** del abogado resulta absolutamente imposible la función de la defensa y, por tanto, el ejercicio de los derechos fundamentales de defensa y tutela judicial y, finalmente, la Administración de Justicia toda.

## 2. Diferencias con el secreto como prerrogativa

---

1522 De nuevo resulta imprescindible señalar que si el abogado viene llamado a callar como obligación deontológica, sitúa dicha obligación en el territorio de la **lealtad** (al interés defendido, al derecho fundamental de defensa de su cliente y a la función de la defensa), mientras que la prerrogativa de confidencialidad o secreto, ya estudiada (nº 1446 s. ), sitúa tanto al abogado como a su cliente en el territorio de la **inmunidad** frente a las intromisiones de los poderes públicos en las comunicaciones entre ambos y su contenido, protegiendo estas de un modo distinto pero complementario: el deber ético, de la libre voluntad reveladora del abogado y la prerrogativa de secreto de la voluntad reveladora forzada del abogado.

## 3. Naturaleza como derecho del justiciable

---

1524 El bien jurídico protegido por la norma, es decir, la función de la defensa, se inserta en el derecho fundamental del justiciable a **ser defendido por letrado** y en el derecho fundamental a la **presunción de inocencia** y sus dos derivados: el de no declarar contra sí mismo y el de no confesarse culpable. Pudiendo decirse que el secreto profesional constituye la destrucción formal o virtual de la información exteriorizada por el justiciable a su defensor, pues la exteriorización de información, incluida la perjudicial, adversa o incriminatoria, que impone al justiciable la comunicación con su defensor como servidumbre técnica inevitable de su derecho a ser defendido por abogado, se convertiría en autoinculpación o allanamiento en contra de su voluntad en el supuesto de que el abogado revelara, de motu propio o a requerimiento de la autoridad competente en el ejercicio de poderes punitivos o sancionadores, lo conocido en las comunicaciones mantenidas con él, con quebranto de los **derechos** que le otorga la Constitución Española ( Const art.24 ).

## 4. Confidencialidad como presupuesto

---

1526 No pudiendo constituir la acción típica de la infracción en su quebranto la propuesta al inicio de este epígrafe, siguiendo el texto totalizador propuesto por LOPJ art.542.3 , por cuanto se expuso en el nº 1520 , deberá esta construirse en torno a la divulgación o revelación de confidencias ajenas (cliente, parte adversa, defensor de la adversa y otros terceros) contenidas en cualesquiera de los soportes objeto de protección que se determinan en el Código Deontológico ( CDA art.5.1, 2, 3 y 4 o a las que haya tenido acceso el abogado por cualquiera de tales medios. Determinando así el **tipo como presupuesto de la acción**, que tenga naturaleza confidencial el contenido de lo conocido por el abogado para que pueda ser considerado secreto u objeto de protección del deber del abogado de no revelarlo o divulgarlo.

La confidencialidad en términos jurídicos puede definirse como la vocación de no ser divulgados que adquieren determinados hechos, datos o acontecimientos para una persona, grupo o comunidad en virtud del perjuicio que de un modo u otro podrían causarles. Con entrada en el tipo penal, la confidencialidad ha ido encontrando su debido protagonismo en la configuración del tipo objetivo como presupuesto del mismo, siendo los **elementos** que la conforman los siguientes:

1528 **1. Su naturaleza.** El primero y fundamental, ya adelantado es su condición de presupuesto de la acción típica de la infracción del deber de secreto, que determina que para que puedan y deban estar protegidos por dicho deber ético, los hechos, circunstancias, datos o pormenores conocidos y susceptibles de ser revelados o divulgados por el abogado, deben tener **naturaleza confidencial**.

**2. Su esencia.** La confidencialidad viene determinada esencialmente por la **sensibilidad** o naturaleza sensible del contenido del hecho, dato, etc. revelado, definida esta como la capacidad para producir modificaciones o efectos perjudiciales en el entorno jurídico, económico, social o personal del confidente incluidos su dignidad, imagen o crédito.

**3. Su objetividad.** La confidencialidad viene determinada objetivamente por el contenido del hecho, dato etc. conocido, según **criterio del órgano competente** y no porque así lo considere o califique el confidente o al que el hecho afecte según su particular criterio y tampoco por la clase de soporte o por la calidad o criterio del receptor de la misma. Lo que hace indiferente que el confidente haga o no constar al abogado al revelar un hecho o documento su naturaleza confidencial para que venga protegido por el deber de secreto, que solo lo estará si objetivamente goza de dicha naturaleza. El carácter objetivo de la confidencialidad hace que esta **no sufra modificación** por ninguna de las siguientes **circunstancias**:

**a)** Que los hechos a los que afecte hayan sido divulgados ya por otras personas, incluso por el propio confidente afectado y pudieran considerarse «públicos» desde entonces.

**b)** Que lo haya hecho el propio abogado defensor con anterioridad de un modo determinado por cualidades especialísimas.

**c)** Que los hechos revelados sean falsos.

**4. Sus límites subjetivos.** La confidencialidad solo se constituye en presupuesto de la acción típica si el confidente se encuentra dentro del ámbito subjetivo del tipo por tratarse de alguno de los **confidentes protegidos** en el mismo de acuerdo con lo establecido en CDA art.5.1, 2 y 4 , es decir, el cliente, terceros interesados en la defensa, el adversario o su defensor. Siendo indiferente a efectos del deber de secreto y, por tanto, excluida del mismo la que pudiera venir referida a hechos, documentos o datos revelados por o sobre terceros ajenos a estos.

**1530 5. Su doble vinculación, con el confidente y con la función modal de la defensa.** La confidencialidad solo se constituye en presupuesto del deber y de la infracción del deber de secreto si el hecho objeto de la confidencia es **sensible para el confidente** y, por tanto, si está vinculado personal o subjetivamente al confidente por el perjuicio que pudiera causar y siempre y cuando sea este uno de los sujetos protegidos por el tipo. De modo que, en concreto, el abogado no queda vinculado por el deber de secreto sobre aquellos hechos en los que le imponga el cliente que no sean sensibles para el propio cliente.

Pero, además, es necesario que el **acto o documento** por medio del cual llega el hecho objetivamente confidencial a conocimiento o posesión del abogado traiga causa de la defensa jurídica y en el modo en el que el confidente puede relacionarse con el abogado en cuestión o vinculación modal entre el acto confidencial y la función de la defensa. De tal manera que el abogado solo queda vinculado por el deber de secreto si la confidencia en cuestión se le hace por el confidente en el marco de **relación con su función** que le sea propia según el tipo.

**6. Su carácter indisponible o indispensable.** Desde el principio de objetividad, desde su propia naturaleza y desde la obligación de independencia del abogado, la confidencialidad resulta indisponible, haciendo el deber de secreto «indispensable». Pues si el hecho no es **objetivamente confidencial** la dispensa no será tal desde el punto y hora en que mal podrá liberarse de reserva por el confidente lo que nunca llegó a constituirse en objeto de ella; y si era objetivamente confidencial es claro que no podrá perder tal carácter por decisión del confidente de acuerdo con lo expuesto más arriba (punto 3 anterior). Motivo por el cual en puridad resulta imposible técnicamente la dispensa del secreto concebida como acto de disposición subjetivo de la confidencialidad.

Pese a ello y a la incoherencia jurídica que plantean, deben tenerse por excepciones a tal principio las **dispensas** de la obligación de secreto previstas o permitidas por diversos preceptos del EGAE o del CDA, sin perjuicio de la libertad del abogado para aceptarlas o rechazarlas ( EGAE art.34.e ; CDA art.5.3 y 8 ).

## 5. Sistema de bloqueo. Ámbitos objetivo, subjetivo e instrumental. Extensiones

---

**1532** El tipo básico deontológico destinado a preservar la confidencialidad o exigencia de secreto profesional del abogado, viene construido sobre **mecanismos de bloqueo cerrados**, sin fisuras ni concesiones, que garantizan su prevalencia en el engarce con los demás principios éticos, incluso los fundamentales y con un régimen de excepciones absolutamente tasado, restringido y controlado. Los elementos que lo conforman son los siguientes:

**1. Su ámbito objetivo** ( CDA art.5.1, 2, 3 y 4 ). El secreto profesional ampara y se extiende a todos los **hechos y documentos** de que se haya tenido noticia por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. A las comunicaciones y negociaciones orales, las notas y la correspondencia escrita, telegráfica o por télex y las transcripciones taquigráficas, estenográficas, grabaciones magnéticas y cualquier otro medio de reproducción (fax etc.).

**2. Su ámbito subjetivo.** En cuanto a los sujetos pasivos, se extiende el secreto fuera de los estrictos límites de la relación **abogado-cliente** ( CDA art.5.1 y 2 ).- Supone que la obligación de secreto alcanza y comprende no solo las confidencias del cliente, sino también las de terceros interesados en la defensa (Ver el nº 1534 s. ), las del adversario y su defensor. Del mismo modo que se extiende a todo el personal y colaboradores del abogado como sujetos activos ( CDA art.5.6 ).



3. Su **duración** ( CDA art.5.7 ). El deber de guardar el secreto profesional permanece incluso después de haber cesado en la prestación de servicios, sin que esté limitado en el tiempo; espacio temporal que, no viniendo limitado su término y en interpretación de nuestra Junta de Gobierno, se extiende de por vida, incluso en el supuesto de baja en el ejercicio de la profesión.

4. Su **modulación**. Como ha quedado dicho (nº 1526 s. ), el sistema de bloqueo es tan totalizador («los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional»), que el alcance de los elementos objetivo y subjetivo de la cobertura, debe venir modulado o determinado por el **desarrollo doctrinal** de la confidencialidad como elemento no normado del tipo, aunque sí señalado, en CDA art.5.1 («La confianza y la confidencialidad»).

## 6. **Ámbito subjetivo de cobertura: límites de la confidencialidad y los terceros**

---

1534 Problema especial en relación con el secreto profesional constituye determinar si el ámbito subjetivo de protección se extiende a otros terceros a la relación del cliente con su abogado, distintos a la parte adversa y su defensor, según los incluyen el Código Deontológico ( CDA art.5.3 y 4 ). Pues, además de a estos, cuando el CDA art.5.1 establece que «la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado (...) y derechos fundamentales de terceros, imponen al abogado el deber de guardar secreto» es claro que, partiendo del principio de que «donde la ley no distingue no debemos distinguir», incluye como sujeto de protección del deber de secreto a todo tercero a la relación abogado-cliente.

Siendo igualmente claro, sin embargo, que resulta de todo punto imposible que esos terceros protegidos puedan ser todos los «terceros» a dicha relación, pues en tal caso sería inviable el propio ejercicio de la profesión, toda vez que este exige necesariamente al abogado defensor dirigir la defensa de su cliente frente a terceros a la relación entre ambos y, además, hacerlo en base a hechos, datos y documentos objetivamente confidenciales, a cuyo conocimiento accederá el abogado como consecuencia y «por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional». De modo que, de forma inevitable, se impone establecer cuál sea el elemento determinante del ámbito subjetivo de protección del deber de secreto que permita señalar con toda precisión cuáles sean los **terceros a la relación abogado-cliente**, que no sean la parte contraria y su abogado en lo menester, que vienen protegidos por el mismo.

1536 Lo que solo puede resolverse si se tiene presente que la relación fundamental entre cliente y abogado, en lo que atañe a las obligaciones deontológicas de este, no va a ser la contractual sino precisamente la que se establece en torno a la propia **gestión de la defensa** y con causa en ella, que tiene objeto y sujeto propios y que, finalmente y entre otras cosas, son los que van a determinar cuáles son los terceros protegidos por el deber de secreto y cuáles no. Ámbito en el que lo decisivo para el negocio jurídico de la defensa viene constituido por su objeto, el cual no es ni el cliente, ni sus deseos, sino el **interés de la defensa** o interés objetivo del encargo determinado por el defensor con toda independencia en ciencia y conciencia de acuerdo con la ley aplicable y, especialmente, de acuerdo con los hechos en conocimiento y las pruebas obtenidas por el abogado, por el cliente, o por medio de «terceros» a su relación pero no al «interés» de la defensa. Interés que no es sino el que transforma al cliente en justiciable y que, finalmente, no es sino lo que defiende el abogado en el proceso o fuera de él.

Y es en torno al objeto de la defensa o interés objetivo de la misma, en torno al que se va conformar lo que podríamos denominar el **sujeto de la defensa** o conjunto de terceros a la relación del abogado con el cliente que, sin embargo y con estos, no lo son al interés de la defensa, al que quedan vinculados y en el que quedan involucrados con el cliente y su defensor, en tanto resultan afectados directa o indirectamente por el desenlace de la defensa. Y, por tanto, a los que se extenderá la obligación y el derecho al secreto profesional como integrantes de dicho sujeto, verdadero acreedor de los mismos, determinando el ámbito subjetivo de su protección en relación con los denominados «terceros», a los que extenderá su protección no como un derecho exclusivo del cliente o justiciable, sino como un **derecho de toda la comunidad de intereses** que se integra en dicho sujeto, en relación con el que no serán «terceros», aún siéndolo respecto de la relación contractual cliente-abogado.

## 7. **Tipos específicos. Comunicaciones orales y escritas entre abogados**

(EGAE art.34.e; CDA art.5.3)

---

1538 Aparte del tipo básico y general, aunque sujeto a sus mismos elementos de carácter general, incluida la confidencialidad como elemento no normado del tipo, regula el Código Deontológico como subtipo específico el **secreto de las comunicaciones** orales y escritas entre abogados, en el que se regula la cobertura subjetiva del abogado de la parte adversa.

El precepto rector viene esparcido en distintos artículos del Estatuto General de la Abogacía y del Código Deontológico, encuadrado y repetido en ellos de forma absolutamente **asistemática**. De modo que el mismo precepto se repite en el EGAE art.34.e) , dentro de las obligaciones entre colegiados cuando, como rector en la norma

estatutaria de más rango, debería haberse encuadrado en todo caso en el art.32, destinado específicamente al secreto profesional. En el Código Deontológico ( CDA art.5.3 ), dentro del desarrollo general de este deber. Y, además, en los art.11.1.g.2º inciso, dentro de las obligaciones en relación con los Tribunales y en el art.12.11, ambos del mismo Código, dentro de las obligaciones entre compañeros, en este caso en relación con los abogados extranjeros. Completando el cuadro de sus disfunciones técnicas, junto con su regulación dispersa y asistemática, que no en todos ellos aparece formulado con idéntica redacción.

Pero si aunamos todas las formulaciones del mismo en un solo **tipo de injusto**, el mismo vendría a estar construido con la siguiente redacción: «El abogado no podrá divulgar, facilitar al cliente, ni aportar en interés de éste ante los tribunales, las cartas, notas o cualquier tipo de comunicación realizada en cualquier soporte documental que hubiera intercambiado con el abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo o de la junta de gobierno del colegio, mediando en este caso causa grave. Dicha obligación se extiende a las comunicaciones recibidas de un abogado extranjero. Supuesto este, en el que resulta recomendable que se requiera previamente a este de reciprocidad».

**1540** De donde se desprende que para que se produzca la infracción resulta necesario que concurren tres **elementos objetivos**:

**a)** El primero, constituido por la acción de **divulgar las comunicaciones** intercambiadas con el abogado de la adversa. Divulgación que, en el supuesto, se extiende comprensiva de la entrega al cliente y de la aportación ante los tribunales.

**b)** El segundo, específico del tipo estudiado, constituido por el **objeto de secreto**, que se concreta en las comunicaciones escritas de cualquier tipo.

**c)** El tercero, que impone que dichas comunicaciones hayan sido intercambiadas con el **abogado contrario** y solo con este, por cualquier medio de transporte.

Además, un **elemento subjetivo**, constitutivo del dolo específico del tipo de injusto y común de todo el quebranto del sigilo, determinado por el «**animus desvelandi**» o intención de revelar o hacer pública la comunicación.

Y finalmente tres **elementos normativos**:

**a)** El primero, propio, que determina que por **abogado contrario** se entiende tanto al colegiado nacional como al extranjero.

**b)** El segundo, también propio, que exige que la **divulgación** o revelación no hayan sido autorizadas por el abogado remitente o la Junta de Gobierno.

**c)** El tercero, impropio, que en el supuesto de que el abogado remitente sea **extranjero**, se recomienda la exigencia de reciprocidad, «consejo» normado que no elemento constitutivo del tipo, completamente ajeno e indiferente al mismo, en absoluto indispensable para la consumación de la infracción.

Y, finalmente, un **elemento previo no normado** pero de resonancias normadas y de construcción doctrinal, común a todo el deber de secreto y constituido por su presupuesto esencial. A saber, que el contenido del documento o comunicación recibida, sea confidencial.

**1542** **Acción típica**

Infracción de mera actividad y de tracto instantáneo, imposible por omisión pues en esta consiste precisamente la conducta obligada, como en todos los deberes que impone el sigilo, lo que hace singular a este verdadero subtipo de injusto dentro del deber general de secreto es que la acción exigida por el mismo tiene dos particularidades específicas. De un lado, que va destinada a proteger de la divulgación al propio **soporte documental** y no su contenido, aunque lo sea precisamente por este. De modo que si no se divulga el propio documento sino solo su contenido no nos encontraríamos dentro del subtipo estudiado sino, en su caso, del tipo general de sigilo ( CDA art.5.1 y 2 ). Por lo que, en el supuesto, la acción de «divulgar» consiste no en «comunicar» de palabra o, incluso, por escrito a otro u otros un hecho, dato o circunstancia contenidos en un documento, sino en **entregar o deferir** a otro u otros la tenencia o posesión del documento concreto y determinado en el precepto. En hacerlo circular por el abogado receptor o destinatario fuera de su dominio, tenencia o posesión.

Y de otro, que incluye en la acción de divulgar, siempre en el sentido expuesto, al propio cliente. Lo que resulta lógico dentro de la dinámica de la confidencia, que tiene o presupone vocación de **restringir la tenencia** de la misma a su emisor o confidente y a su receptor. De modo que lo que hace el precepto es sustituir al cliente por el letrado de la adversa en el ámbito o círculo de la confidencia, aunque si bien solo a medias, pues no se excluye al cliente del conocimiento del contenido del documento protegido, sobre el que está llamado a adoptar posición, pero sí se le excluye de su tenencia o posesión y, por tanto, de su «uso».

De tal construcción de la acción típica de la infracción se desprenden dos circunstancias de enorme trascendencia para comprender no solo la *ratio* de la norma sino, y por ello, sus exactos y precisos contornos. En primer lugar que

nos encontramos ante el único supuesto de **bloqueo de los instrumentos o elementos de la defensa** ante o frente al propio mandante, interesado en ella o defendido, pues lo que está ocurriendo con la introducción de la norma ética estudiada no es sino evitar que el documento protegido se convierta en medio de prueba del cliente del abogado receptor del mismo.

Y en segundo lugar que resulta claro y palmario que el motivo de ello es permitir uno de los principales cometidos de la función de la defensa. A saber, la **función mediadora, conciliadora o transaccional** en evitación de litigios o pleitos innecesarios. Pues si no existiera el bloqueo que instaura la norma, sería imposible el desempeño de dicha función, al impedir el intercambio escrito de propuestas o comentarios con tal finalidad entre los defensores de las partes.

#### 1544 Sujetos

Delimitado ya por el precepto el sujeto protegido o confidente en la persona del **abogado defensor de la adversa** que va a ser, por tanto, el sujeto pasivo de la acción típica, a la vista de esta es evidente que el sujeto activo de su infracción es siempre y en todo caso el **abogado de la otra parte**, receptor o emisor de las comunicaciones protegidas, que las divulgue sin venir autorizado.

Pero debe señalarse que también pudiera constituirse en sujeto activo de la misma, además del receptor o emisor de las comunicaciones, otro abogado que no hubiera recibido o enviado la carta o documento del abogado contrario sino del abogado receptor o remitente. Se trata de aquellos supuestos en los que este sustituya la defensa en otro compañero con la pretensión de liberar al documento de la confidencialidad y, por tanto, del deber de secreto y de su imposibilidad de ser presentado en juicio. Operación que suele presentarse por el **letrado sustituto** manteniendo el documento que recibió del cliente. Esta extensión de la imputación de la autoría también al abogado sustituto solo podrá efectuarse caso por caso y a la vista de las circunstancias o pruebas concurrentes y requiere, sin duda, despejar el modo en el que el documento protegido llegó a su poder y, en su caso, declarar la sustitución en fraude de ley o simulada con la connivencia de ambos letrados para la finalidad pretendida.

Todo ello descontando que, si se trata de la sustitución en un **compañero de despacho**, sea o no asociado, la prohibición se extiende al mismo de forma directa *ex lege*, en virtud de lo dispuesto en CDA art.5.5 y 6 , que extiende el deber de secreto con carácter general a todos los componentes del colectivo y colaboradores.

#### 1546 Confidencialidad y objeto de protección

Remitiéndonos a su estudio general ya efectuado (nº 1526 s. ), deberemos detenernos aquí en su carácter **indisponible** en tanto que sí resulta posible en el supuesto por el mero deseo del legislador y a diferencia del tipo general, del que ha desaparecido la misma a partir del Código de 2000, la dispensa de la confidencialidad del documento protegido, bien por parte del abogado remitente o confidente, bien por parte de la junta de gobierno si media, en este caso, causa grave a juicio de dicha junta. Se trata sin duda de una **dispensa impropia**, que se nos antoja más que discutible aún desde el punto de vista de política disciplinaria y desde el principio de intervención mínima, pues la objetividad de la confidencialidad impide su disposición por los interesados en el círculo confidencial y, desde luego, por tercero. Especialmente en el supuesto, en el que el sigilo sobre hechos que en última instancia van a perjudicar al justiciable, va a poder quedar dispensado por todos excepto por el propio justiciable.

Debiendo aconsejar en cualquier caso al abogado confidente de cualquier comunicación escrita a un compañero, en relación con la dispensa impropia que pudiera otorgar sobre el contenido de dichas comunicaciones, que o bien se guarde o abstenga de hacerlo o bien, con anterioridad a ello, obtenga a su vez la debida dispensa de su propio defendido. Pues de autorizar su **divulgación** o dispensar el sigilo sobre dichas comunicaciones y si su contenido fuera objetivamente sensible, podría estar vulnerando, él mismo, el deber de secreto para con su cliente.

#### 1548 Deber de secreto y deber de defensa

La obligación estudiada y su infracción es una de las que generan más casuística disciplinaria dentro del quebranto del secreto profesional y, si bien se observa en todos los órdenes jurisdiccionales, es la más frecuente la que se produce en el ámbito de los **procedimientos de familia**, siendo alegación recurrente por los abogados que se ven afectados por los expedientes tramitados en su corrección, que la presentación en juicio de las comunicaciones escritas de la adversa como prueba en apoyo del interés defendido se ampara en la **prevalencia** que, a su juicio, tiene el deber de defensa regulado en EGAE art.30 sobre el deber de secreto. Tesis que viene siendo rechazada en tanto que, ni el deber de secreto es ajeno a la función de la defensa sino presupuesto de la misma y, por tanto, la contradicción entre ambos derechos que pudiera justificar un juicio de prevalencia entre ellos, resulta solo aparente y en modo alguno real. Ni, de existir verdadera contradicción, resultaría prevalente el deber de defensa sino el de secreto (nº 1552 ).

Conclusiones que arrancan de la concepción de que el instituto jurídico del secreto profesional, aparte de ser una obligación ética del abogado, es algo más importante y trascendente que esta, en la medida en la que está integrado entre los elementos esenciales constitutivos de la **función de la defensa** ( Const art.24 ) y configuran el sigilo del abogado como parte inescindible del derecho fundamental de defensa del justiciable. Lo que determina que la función de defensa integre el deber de secreto, sin el que resulta imposible.

## 8. Punibilidad

---

1550 La infracción viene siendo considerada grave y sancionada, según las circunstancias concurrentes, entre tres días y un mes de **suspensión** en el ejercicio de la profesión, teniendo muy presente en la aplicación del principio de proporcionalidad a efectos de su graduación la actitud del defensor adverso o la posición mantenida en juicio por la parte contraria, que a veces, pueden acercarse o rayar en la frontera de la lesión injusta al interés defendido por el abogado infractor. Sin que el mero prurito de la defensa modifique la responsabilidad, agravándola sin embargo como dolo añadido al específico del tipo, el mero afán vindicativo.

## 9. Prevalencia del deber de secreto sobre otros derechos u obligaciones

---

1552 No prevalecen sobre el deber de secreto ni son acreedoras de su dispensa impropia, las siguientes causas:

a) El deseo de evitar el **enriquecimiento injusto** de quien otrora fuera cliente, en aras de que se persigue la realización de la justicia; pues no es el letrado el llamado a determinar lo justo en un juicio previo al de la jurisdicción; ni para este el fin supremo de la justicia es actuar a favor de un tercero frente a quien fuera su cliente, sino preservar el secreto profesional respecto de las confidencias entonces realizadas por este.

b) El deseo o la necesidad de asegurar en juicio la **prueba de los hechos** que acreditan el derecho de nuestro cliente.

Supuesto que se produce con cierta frecuencia y cuya práctica se ha detectado especialmente en el ámbito de los **procedimientos matrimoniales** (nº 1548), en el que se da la circunstancia de que se produce una cierta tolerancia por parte de la judicatura, que admite la prueba así propuesta, convirtiéndola en no pocas ocasiones en el fundamento de los hechos que determinarán el fallo.

Se pretende la prevalencia del derecho de defensa en la imposibilidad de acreditar los fundamentos de la acción ejercitada por otros medios. Lo que debe rechazarse por idénticos motivos que en el supuesto anterior aparte de que ni la prueba se obtuvo de buena fe, es decir, con conocimiento del que la entregó o la recibió de que podría ser empleada en juicio contra él, ni la causa de la misma era declarativa sino transaccional.

c) El deseo o la necesidad de asegurar en juicio **derechos del propio letrado** (la defensa del propio interés).

Se trata en realidad de un caso similar al anterior aunque agravado por el hecho de que aquí el dolo viene constituido por el interés directo del propio abogado, con preterición del derecho (obligación de sigilo), aún para alcanzar un fin lícito y ante el que solo cabe reiterar lo dicho: No justifica la dispensa del secreto el interés patrimonial del abogado, ni aún para el cobro de los **honorarios** debidos, que debe quedar garantizado diligentemente por aquel de cualquiera de las formas admitidas en derecho.

## D. Obligación de dignidad

1560	1. Referente ético y bien jurídico protegido	1565
	2. Sistemática	1570
	3. Tipo unitario de la obligación de dignidad	1580

### 1. Referente ético y bien jurídico protegido

---

1565 La dignidad, principio general de la ética, de la que es su verdadero motor en tanto que «voluntad de ser» o, más bien, «de poder ser» sin límites del ser humano o «fuerza alegre» *-vir-vires*, virtud- (Hermann Nohl, según lo cita Fernando Sabater), pasará a ser por ello **principio fundamental de la deontología** de todas las profesiones incluida la Abogacía, de cuyo Código ético ha desaparecido sin embargo, junto con los demás principios fundamentales desde las reformas de los años de 2000<sup>2</sup>, pese a que en su preámbulo vigente se siga afirmando su pervivencia.

Porque es precisamente esa «**voluntad ilimitada de poder ser**» que denominamos dignidad lo que nos identifica como seres humanos, haciendo de la ética la posición humana de valor, de mantener dicha voluntad de manera irrestricta frente a toda limitación, desde la honestidad, para la identificación de la conducta más valiosa, hasta la integridad, para llevarla a la acción sin «rompernos». Lo que hará decir de ella al propio autor citado en la misma obra que «la ética tiene como hipótesis de partida la libertad y la dignidad humanas» o «en la persona que no se inclina, es la dignidad humana lo que se trata de salvar» (Ernst Bloch).

De tal suerte que, desde la función de defender que tiene otorgada el abogado, el principio ético fundamental de dignidad **impone** a este en su núcleo más sustancial un **deber** que, más allá de su derecho a vivir de su trabajo

lucrando su actividad profesional y del principio de autonomía de la voluntad de nuestro derecho civil común, viene impreso en su propia humanidad y en la de sus semejantes y le llama o avoca éticamente a defender a otro porque está necesitado **de defensa**, sin más interés que preservar la dignidad humana que comparte con ese otro y con todos los demás seres de su especie, que reclama su derecho a defenderse y ser defendido que tiene reconocido entre sus derechos humanos y fundamentales.

Lo que implica a su vez, siendo este el aspecto más normativo de la dignidad como principio fundamental de la deontología del abogado, que también imponga a este desde su función de defensa, un deber **de respeto o consideración** a su propia y referida función, en tanto que, el hombre digno, «no solo hace lo que está bien, sino que también ejemplifica por qué está bien hacerlo», de tal modo que «el atractivo de la virtud viene de la seducción práctica (de quien) la encarna y no de una norma convencional establecida socialmente por razones utilitarias» (Fernando Sabater). Siendo esta la razón, finalmente, de que cualquier **quebranto ético** del abogado atente contra la dignidad de la abogacía y constituya quebranto de su principio ético fundamental de dignidad.

## 2. Sistemática

---

1570 Motivo por el que pasará así también la dignidad con carácter sustantivo al ordenamiento ético profesional, como **obligación central de respeto y consideración**, en un complejo y multidireccional sistema de tipos en todos los ámbitos de afectación ética, destinados a que el abogado mantenga siempre la más alta consideración a su función, al Derecho y a los derechos humanos y fundamentales, al justiciable en general, al propio defendido pero también a su contrario, a los compañeros de profesión y a la institución colegial en tanto que regula y ampara la función pública de la defensa, a todos los sirvientes de la Administración de justicia y a cuantos intervienen en ella y, finalmente, a la comunidad humana y política a la que pertenece, como destino de plenitud civilizada en paz, progreso y libertad de cuantos la integran. Pero también pasará al ordenamiento profesional y común, como una posición institucional de todo el colectivo profesional de la abogacía y de su función, merecedora y digna de respeto y consideración frente a todos, objeto de amparo.

Esa es la razón por la que, además y también, será la dignidad -como el secreto y la independencia- una categoría más de carácter doble en el mapa de las instituciones jurídicas propias de la regulación profesional de la abogacía (y de todas las profesiones), pues viene a ser, a un tiempo, tanto la que podríamos denominar como «**cuarta prerrogativa del abogado**», junto a las dos citadas más la libertad de expresión, cuanto la que podríamos considerar como la «cuarta obligación ética elemental del abogado» junto con las dos citadas más la de diligencia.

Orillando ahora la dignidad como prerrogativa y fijando nuestra atención en la dignidad como obligación ética elemental del abogado, conforma esta el edificio ético de las profesiones, construido exclusivamente sobre las cuatro **obligaciones éticas** citadas (dignidad, independencia, diligencia y secreto), que podríamos denominar elementales, básicas o naturales y que deberían venir tipificadas de forma inicial, separada y extensa en el Código Deontológico correspondiente. Cuatro obligaciones que, después y en cada ámbito de afectación ética de la abogacía (colegio, compañeros, cliente, contraria, tribunales etc.), se abrirían en los diversos tipos que ya contienen, pero agrupados según su referente elemental en el seno de cada una de las cuatro obligaciones citadas, como matriz común de referencia de cada grupo de los tipos señalados, dando sentido y sistemática al conjunto.

## 3. Tipo unitario de la obligación de dignidad

---

1580 El conjunto de decisiones normativas adoptadas al intentar tipificar de un modo preciso, limitado y taxativo las conductas del abogado ajenas al ejercicio de la profesión que quedan sujetas a disciplina, con el único rastro sustantivo que de ella queda en todo el sistema regulatorio de la abogacía, suscitan la calificación de una **norma punitiva en blanco**. No existe precepto alguno en toda la regulación profesional de la abogacía que determine en qué consiste la dignidad de la profesión de abogado ni cuáles son esos **actos que puedan ofenderla gravemente**, en lo que solo puede ser tenido como una conculcación incuestionable el principio de legalidad sancionadora ( Const art.25 ).

Ello nos conduce a proponer la posible redacción de un artículo que, en el Código Deontológico y en el Estatuto General de la Abogacía pudiera tipificar la obligación de dignidad de forma unitaria y rescatarla para la centralidad ética de la profesión, dando coherencia, sentido y sistemática a lo ya normado. Texto que podría ser el que se recoge en el siguiente **ejemplo**:

Ejemplo

### Artículo X. Obligación de dignidad

1. La abogacía está al servicio del ser humano y de la sociedad. Respetar la vida humana, la libertad y la dignidad de la persona y la defensa de los derechos del individuo y de la comunidad que las garantizan, son deberes primordiales del abogado desde su obligación ética de dignidad.
2. El abogado viene obligado a ejercer dignamente la función de defensa que tiene encomendada, preservando la dignidad de sus clientes y la de sus contrarios, la de la profesión y la suya propia, lo que solo podrá cumplir si recibe a sus clientes, los aprecia, los trata y los atiende profesionalmente como seres humanos, iguales en esencia y en potencia a él mismo, merecedores de cuantos derechos les otorgan las leyes y de su máximo respeto y consideración personal así como de su mejor prestación facultativa de la defensa jurídica en caso de necesitarla y recibirla. Lo que extenderá en lo menester a la parte adversa, cuyo derecho de defensa garantizará por otro compañero, absteniéndose de causarle lesión injusta.
3. Del mismo modo que para poder cumplir este mandato ético de dignidad deberá apreciar, tratar y reconocer a sus compañeros de profesión con la distinción, deferencia y respeto que a todos ellos les confiere la alta responsabilidad de ser los exclusivos portadores y administradores de las artes facultativas de la defensa que solo ellos conocen y comparten; distinción, deferencia y respeto que deberá extender el abogado a las instituciones reguladoras de la profesión y a los compañeros elegidos para ejercer su gobierno como garantes de la eficacia de todo a cuanto aquí se comprometen con este Código para ser acreedores de la confianza social que su función profesional reclama y requiere.
4. Y del mismo modo que, para poder cumplir este mandato ético de dignidad, deberá apreciarse, tratarse y reconocerse a sí mismo con la distinción, deferencia y respeto que le confiere la alta responsabilidad de ser portador y administrador de las artes de la defensa jurídica, que comparte con los demás compañeros de profesión.
5. Por tanto, quebranta la obligación de dignidad el abogado que ejerce su profesión o adopta decisiones facultativas en relación con un cliente o con su defensa o contra la adversa o su defensa contraria, con desprecio u olvido de que se trata de un ser humano con cuantos predicamentos y requerimientos acredita y quedan aquí señalados. Y también lo hace el abogado que incurre en comportamientos que, por su naturaleza, cuestionen o desacrediten gravemente el respeto y la consideración que debe a sus compañeros de profesión, a las instituciones colegiales reguladoras de esta o a los miembros de su Junta de Gobierno. Y, finalmente, también lo hace el abogado que incurre en comportamientos ajenos o al margen del ejercicio profesional que por su naturaleza cuestionen o desacrediten gravemente su probidad personal o la autoridad moral que se predica socialmente de un facultativo de la defensa jurídica y de las artes que practica.
6. Atenta gravemente contra la obligación ética de dignidad el abogado que presta sus artes facultativas sin respeto de los derechos humanos o constitucionales de sus clientes o adversarios o con la finalidad de atentar contra ellos. E incurre en la más grave violación de la obligación ética de dignidad el abogado que, valiéndose o no de sus artes facultativas, realiza por sí mismo o coopera en prácticas que atenten contra la libertad o integridad física o psíquica de las personas, sean o no clientes, o practica personalmente o coopera en la práctica de malos tratos a otra persona, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier otro tipo que contraiga.
7. Incurre en quebranto de la obligación ética de dignidad el abogado que resulte condenado por sentencia firme por la comisión de delitos dolosos como consecuencia del ejercicio de la profesión o a penas graves conforme al artículo 33.2 del Código Penal como consecuencia de la comisión de cualquier delito, sea o no como consecuencia del ejercicio profesional. Sin perjuicio de lo anterior y de su virtual concurrencia, en igual quebranto incurre el abogado que resulte condenado por sentencia firme a cualquier pena por la comisión de delitos, sea o no como consecuencia del ejercicio profesional, por conductas que atenten de cualquier forma contra los Derechos Humanos, la libertad o intimidad sexual, la intimidad, las relaciones familiares, la Constitución, Los Derechos Fundamentales, las constitutivas de maltrato de género, de los denominados delitos de opinión o de los denominados delitos contra los derechos de los trabajadores cuando estos sean abogados o empleados de su despacho a su cargo.
8. Atenta igualmente contra la obligación ética de dignidad el abogado que ejerce cualquiera de las artes profesionales de la abogacía en estado etílico o afectado por el consumo de cualquier tipo de drogas o estupefacientes. El estudio doctrinal o dogmático de este o de sus tipos derivados, especialmente de los «objetivados», requerirá otros estudios en el futuro, aún no realizados dogmáticamente.

CAPÍTULO 4

## Responsabilidad profesional del abogado y su seguro

1700	A. Responsabilidad civil	1702
	B. Responsabilidad penal. Delitos o delitos leves cometidos por abogados	1750
	C. Responsabilidad disciplinaria. Régimen y procedimiento	1900
	D. Seguro de responsabilidad civil	2050

## A. Responsabilidad civil

1702	1. Generalidades	1704
	2. Daños	1710
	3. Incumplimiento de las obligaciones del abogado	1722
	4. Responsabilidad civil en la sociedad profesional	1742

### 1. Generalidades

1704 No existe una específica regulación de la responsabilidad civil contractual de los abogados, por lo que está sometida a las **reglas generales** del Código civil ( CC art.1101 y concordantes ).

En cuanto a los hechos constitutivos de la **pretensión**, enumera la sentencia TS 21-6-07, EDJ 80182 «es doctrina consolidada que la acción para exigir responsabilidad al abogado se construye en torno a los tradicionales elementos que caracterizan la responsabilidad subjetiva, daño, culpa y nexos causal, lo que hace necesario conocer las obligaciones propias del letrado cuyo incumplimiento negligente puede dar lugar a tal reclamación de responsabilidad, recayendo por supuesto en el cliente demandante la carga de probar, tanto la existencia de un daño indemnizable (que, como se dijo, puede consistir en la frustración de pretensión rescisoria, como aquí acontece), como la falta de diligencia del letrado y, finalmente, el vínculo causal entre aquel menoscabo y el comportamiento negligente, contrario a los deberes profesionales».

Así pues, los **hechos constitutivos** de la pretensión resarcitoria de la responsabilidad civil de los abogados son:

- en primer lugar tiene que haberse producido un **daño cierto** sufrido en la esfera patrimonial o moral de la víctima, que será lo que sustente la pretensión resarcitoria;

- dicho daño debe traer causa de un **incumplimiento contractual**. El incumplimiento debe ser **negligente**, pues la responsabilidad civil del abogado es, con carácter general, subjetiva ( TS 23-2-10, EDJ 16373 ; 14-7-05, EDJ 116838 ; 21-6-07, EDJ 80181 ) ;

- entre el incumplimiento y el daño debe mediar una **relación de causalidad**, siguiendo los criterios de causalidad adecuada y eficiente que son los acogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que supone rechazar rígidos dogmatismos y hacer un análisis del caso concreto para, con buen sentido, averiguar cuál es la acción que ha sido la causa del daño. Explica la sentencia TS 14-7-06, EDJ 105557 que para determinar la relación de causalidad la jurisprudencia «opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal ( TS 3-7-98, EDJ 11841 ). En parecidos términos las sentencias TS 2-4-98, EDJ 2115 ; 30-12-95, EDJ 6792 ; 25-3-95, EDJ 1168 ; 11-3-88, EDJ 2050 .

1706 También pueden concurrir **elementos ajenos** que rompan la causalidad, lo que supondría la exclusión de la responsabilidad del abogado, pues en sentido jurídico no habría sido él el causante del daño. Ejemplifica la sentencia TS 23-2-10, EDJ 16373 : «siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial». En estos casos y en todos aquellos en los que exista **caso fortuito o fuerza mayor** ( CC art.1105 ) el abogado queda exonerado de responsabilidad.

1708 En los casos en los que exista también una **negligente conducta del perjudicado**, como podría ocurrir si el cliente oculta información necesaria al abogado y esa ocultación también es causa del daño, habrá que analizar la importancia que tiene esa conducta del perjudicado en el curso causal global. Podría ocurrir que la culpa de la víctima sea irrelevante y que no se tenga en cuenta; que sea tan importante que absorba la del abogado; o que ambas se compensen de tal forma que el abogado no deba responder de todo el daño causado, pues se entienda que parte de ese daño ha sido causado por la conducta del perjudicado. Para esta operación la **jurisprudencia** invoca el CC art.1103 ( TS 20-12-06, EDJ 353230 ; 19-7-96, EDJ 4139 ; 14-4-88, EDJ 2093 ; 7-11-00, EDJ 41058 ). Señala la sentencia TS 20-12-09, EDJ 353230 que «Según la jurisprudencia mayoritaria de esta sala, la apreciación de la gravedad de las culpas compensables constituye una *quaestio facti* que corresponde a la apreciación del tribunal *a quo* ( TS 13-2-71, EDJ 73 ; 7-10-88, EDJ 7775 ; 3-12-90, EDJ 11028 ; 7-6-91, Rec 1545/89 ; 5-7-93, EDJ 6681 ; 23-2-96, EDJ 1312 ; 18-7-06, EDJ 105553 ), quien tiene la facultad de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente reduciendo la cuantía de la indemnización repartiéndola con el perjudicado cuando declara la

**compensación de culpas** ( TS 30-4-69, EDJ 155 ; 20-7-06, EDJ 105579 ), de tal suerte que la aplicación o la falta de aplicación de esta facultad no es susceptible de recurso de casación ( TS 9-2-90, EDJ 1267 ; 3-3-98, EDJ 1395 ; 17-9-98, EDJ 18354 ; 15-12-99, EDJ 40845 ; 29-9-05, Rec 1048/06 , además de las antes citadas)».

También conviene recordar en este ámbito que existe una **obligación de mitigar el daño**, por lo que si se produjera una agravación del daño que hubiera podido mitigar la víctima, no le será imputable al abogado.

## 2. Daños

---

- 1710 El daño que se indemniza es el daño **cierto**, aunque no necesariamente tenga que ser presente, pues puede existir un daño cierto futuro, en el que existe certeza actual de su futura producción.

El daño debe ser **real y efectivo**, no meras hipótesis de lo que pueda ocurrir. La existencia de daño y su cuantía se comprende en la **quaestio facti**, cuestión de hecho. Como declaran, entre las más recientes, las sentencias TS 27-10-11, EDJ 242200 y 9-3-11, EDJ 78875 : «esta Sala viene reiterando que la **fijación de la cuantía** de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales -en el caso examinado, por responsabilidad por daños y perjuicios imputable a un abogado respecto de su cliente por negligente cumplimiento de sus obligaciones contractuales- no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba ( TS 19-10-90, EDJ 9517 ; 18-7-96, EDJ 6094 ; 14-7-00, EDJ 22062 ; 15-3-01, EDJ 6177 ; 30-7-08, EDJ 166709 ; 1-12-08, EDJ 234504 ), solo susceptible de revisión por **error notorio** o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción ( TS 25-2-92, EDJ 1780 ; 15-12-94, EDJ 10335 ; 24-3-98, EDJ 10335 ; 23-11-99, EDJ 40358 ; 31-1-01, EDJ 365 ; 10-6-02, EDJ 20065 ; 28-3-05, EDJ 33585 ; 21-4-05, EDJ 55130 ; 17-1-06, EDJ 2825 ; 27-2-06, EDJ 21307 ; 5-4-06, EDJ 37251 ; 9-6-06, EDJ 89293 ; 13-6-06, EDJ 83822 ; 16-11-06, EDJ 306296 ; 31-10-07, EDJ 233306 ; 30-7-08, EDJ 166709 ; 23-10-08, EDJ 217196 ; 12-5-09, EDJ 82789 ; 14-10-09, EDJ 244364 ; 30-4-2010, Rec 1165/05 y 16-12-10, EDJ 298169 ) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum [cuantía] ( TS 15-2-94, EDJ 306296 ; 18-5-94, EDJ 4493 ; 21-12-06, EDJ 345598 ; 30-7-08, EDJ 166709 y 1-12-08, EDJ 234504 )».

El resarcimiento es más una **deuda de valor** que una deuda pecuniaria ( TS 15-4-91, EDJ 3805 ; 5-5-10, EDJ 92243 ; 21-11-98, EDJ 26831 ), pues en la sentencia condenatoria se declara que cuando se causó el daño surgió la obligación de indemnizar, de tal forma que la efectiva valoración del daño no se hará en el momento de su producción sino cuando recaiga sentencia definitiva o en la fecha en que se liquide la ejecución de sentencia.

- 1712 En relación con el *quantum* del daño, nuestro sistema parte del principio de **reparación íntegra** (*restitutio in integrum*) que se entiende implícito en las normas fundamentales de la responsabilidad civil: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados...» ( CC art.1101 ) y «reparar el daño causado» ( CC art.1902 ).

Se indemniza tanto el daño intrínseco como el extrínseco. El **daño intrínseco** es aquél que recae en el objeto de la obligación, en la rigurosa órbita de lo pactado, mientras que el **daño extrínseco** se produce en otros bienes independientes a la rigurosa órbita de lo pactado ( AP Cáceres 25-10-01, Rec 254/00 ). Por ejemplo, el abogado que viola el secreto profesional y desvela a los medios de comunicación los detalles de la vida privada de su cliente a los que ha tenido acceso en un pleito de divorcio le causa daños inmediatos y extrínsecos en su honor. Si el mismo abogado en otro procedimiento por el que pide daños y perjuicios se le pasa el plazo y no puede interponer la acción provocará un daño inmediato e intrínseco, pues el cliente sufre el daño en los intereses que había confiado al abogado.

Se debe **indemnizar** todo daño causado que cumpla los requisitos anteriormente mencionados y que se produzca en la esfera patrimonial y moral de la víctima ( TS 27-10-11, EDJ 242200 ). Por su especialidad y habitualidad dentro de la responsabilidad civil de los abogados conviene mencionar la pérdida de la oportunidad

### 1714 Pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidades, que en ocasiones se ha denominado con el anglicismo de pérdida de la *chance*, supone unos casos especiales en los que se produce algo que parece estar a caballo entre el **daño emergente y el lucro cesante**. Por ejemplo: A ver frustrado su derecho de defensa jurídica porque el abogado, que había contratado, negligentemente no interpone a tiempo el recurso que tenía que haber interpuesto. Se le reclamaban 60.000 €, mientras que en su opinión no debía nada. Como no se interpone el recurso se ve obligada a pagar los 60.000 euros, ¿cuál ha sido el daño derivado de la negligencia de su abogado? Podría pensarse que el daño son los 60.000 euros, pues si el abogado hubiera interpuesto el recurso y hubieran triunfado sus tesis, no tendría que haber pagado nada. Por el contrario, también podría pensarse que no hay un daño cuantificable económicamente, pues el resultado del recurso era incierto, con lo que ello conlleva. Como valora la sentencia TS 27-10-11, EDJ 242200 , en un caso en el que la acción había prescrito por causa imputable al abogado: «la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente



infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente».

El planteamiento de la cuestión lo hace la sentencia TS 29-5-03, EDJ 17185 : «El caso que nos ocupa consiste en determinar si existe culpa en el abogado por no **entablar una demanda a tiempo** (la acción prescribe o caduca), o por no interponer un recurso dentro del plazo establecido».

Sobre esta segunda hipótesis versan la mayor parte de los casos de la jurisprudencia. Y en ellos se plantea una primera y principal disyuntiva, que es la siguiente: cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del abogado, ¿puede o no -o tiene o no- que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo?

- 1716 Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al abogado a satisfacer a su cliente una **indemnización** equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «**pérdida de oportunidad**».

Téngase en cuenta que si se considerara que en estos casos el daño es incierto y por tanto no resarcible en absoluto, quedarían sin resarcir la mayoría de los daños causados por el incumplimiento negligente de una **obligación de medios**. Efectivamente, en este tipo de obligaciones el resultado siempre es potencial, a diferencia de las obligaciones en las que el resultado es seguro. Siendo así, no se podría probar la certeza del daño y el abogado negligente no respondería del daño que ha producido a su cliente. Es más, uno de los problemas habituales a los que se enfrenta quien reclama la pérdida de oportunidades es la lógica aplicación de la regla de que la fijación de la indemnización se hace en instancia al vedarse un análisis posterior al Tribunal Supremo.

La forma más sencilla de entender la pérdida de oportunidades es situarla dentro del **daño emergente** y no dentro del lucro cesante. Lo que se pierde es la oportunidad de obtener el resultado y esa expectativa del resultado ya formaba parte del patrimonio de la víctima, no el resultado en sí.

En el caso de un abogado negligente que ha impedido la **tutela judicial efectiva** de una persona, la pérdida de la oportunidad se refiere a la pérdida de la posibilidad de defender su pretensión, lo que tendrá carácter de **daño patrimonial**, si la pretensión es patrimonial y su valor económico dependerá de las posibilidades de triunfo de su pretensión. La pérdida de oportunidad como daño patrimonial es diferente al **daño moral** que puede ser la pérdida del derecho de tutela judicial efectiva como pérdida independiente de lo anterior.

- 1718 Así afirman las sentencias TS 27-10-11, EDJ 242200 y 9-3-11, EDJ 78875 : «Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado- tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: TS 20-5-96, EDJ 2669 ; 26-1-99, EDJ 308 ; 8-2-00, EDJ 603 ; 8-4-03, EDJ 6551 ; 28-2-08, Rec 110/02 ; 3-7-08, EDJ 147269 ; 23-10-08, EDJ 217196 y 12-5-09, EDJ 82789 )».

Igualmente véanse las sentencias TS 27-7-06, EDJ 275355 ; 16-12-96, EDJ 8603 ; 20-5-96, EDJ 2669 ; 21-3-06, EDJ 29178 ; 17-11-95, EDJ 6172 ; 28-1-98, EDJ 322 y 3-10-98, EDJ 26459 .

- 1720 Las formas de cálculo y los argumentos para discutir el **daño moral** por la privación de la tutela judicial y la pérdida de la oportunidad de defender la pretensión son diferentes ( TS 27-7-06, EDJ 275355 ; 26-9-02, EDJ 35902 ). Para la **prueba** de la pérdida de oportunidad tendrá mucha importancia el objeto de la pretensión y las posibilidades de éxito de la pretensión y todo ello habrá que alegarlo para justificar lo que se pida. (Esto se trata por ejemplo en la sentencia TS 9-3-11, EDJ 78875 . También véase la TS 27-10-11, EDJ 242200 ).

También puede ocurrir que la alegada oportunidad no exista o que sea ínfima, en cuyo caso su pérdida **no tendría ninguna relevancia**, como si se pierde la posibilidad de ejercer un derecho que no se tenía ( TS 23-2-10, EDJ 16373 ).

#### 1722 Diligencia profesional

La culpa está definida en el CC art.1104 . Lo primero que se debe tener en cuenta es que el Código Civil, como regla general, rechaza la **gradación de culpas** tan típica del Derecho romano, según la cual la culpa aplicable al depósito era la lata o grave, la de la compraventa la leve y en la *Lex Aquilia* la levisima, de tal forma que para exonerarse el causante del daño, debía probar que no había incurrido ni siquiera en culpa levisima, que no se ha desviado respecto de cómo habría obrado un hombre diligentísimo (Dig 9. 2. 44).

Si se busca una interpretación integradora de los dos párrafos de los que consta el art.1104, se llega a la conclusión de que es un **buen padre de familia** quien actúa conforme a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Así, para analizar la diligencia de un deudor, se incluyen todas las **circunstancias** del caso como el «sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta» ( TS 14-7-06, EDJ 105557 ; 23-3-84, EDJ 7123 ; 1-10-85, EDJ 4934 ; 17-12-86, EDJ 8382 ; 17-7-87, EDJ 5827 ; 28-10-88, EDJ 8478 ; 20-6-00, EDJ 15529 ; 3-5-97, EDJ 3482 ; 30-12-95, EDJ 6792 ; 9-6-89, EDJ 5861 ; 8-5-86, EDJ 3026 ; 25-1-85, EDJ 7114 ) y de esta forma se puede concretar el concepto de **culpa** para cada situación concreta ( TS 10-7-03, EDJ 50729 ).

1724 Si se tiene en cuenta lo visto, se entenderá con facilidad la llamada «**lex artis ad hoc**» que es una simple concreción, al adaptar el nivel de diligencia a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Se trata del concepto de **diligencia profesional**, que se suele aplicar a profesiones como médicos, abogados, arquitectos, en las que el profesional debe actuar conforme las buenas artes de la profesión. Así, ante la pregunta de cómo debe por ejemplo comportarse un abogado, podemos contestar que según la naturaleza de su obligación para con el cliente y conforme a las circunstancias de su persona concreta y su especialización, el tiempo y el lugar en el que se realice la asistencia jurídica, por lo que la *lex artis ad hoc* deriva naturalmente del concepto de diligencia del CC art.1104. Esto ofrece mucha más claridad que decir que el abogado ha de comportarse simplemente como un buen padre de familia. Como señala la sentencia TS 23-2-10, EDJ 16373 : «El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso».

#### 1726 Obligaciones de actividad y de resultado

La clasificación que distingue entre obligaciones de actividad y obligaciones de resultado es muy importante dentro de la responsabilidad civil del abogado (p.e. TS 30-12-03, EDJ 186235 ; 8-6-00, EDJ 14304 ) cuya relación con el cliente se configura como un **arrendamiento de servicios** si su objeto son obligaciones de medios o de actividad y de **obra** en caso contrario.

Valora la sentencia TS 23-2-10, EDJ 16373 : «El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador ( TS 14-7-05, EDJ 116838 ; 14-12-05, EDJ 230422 ; 30-3-06, EDJ 37247 ; 30-3-06, EDJ 37247 ; 26-2-07, EDJ 13389 , entre otras)».

Conforme al esquema más simple que puede haber en una **obligación**, su ejecución se desarrollará de la siguiente manera:

- **cumplimiento**, lo que supone que se realice la prestación en que la obligación consistía ( CC art.1157 ); o
- **incumplimiento** cuando de cualquier modo se contraviene el tenor de la obligación ( CC art.1101 ). Este incumplimiento será:
  - imputable si media **culpa o dolo** ( CC art.1101 ); o
  - inimputable si se debe a **caso fortuito** ( CC art.1182 y 1184 ).

1728 El acreedor, cuando llegue el momento de la consumación de la obligación, exigirá el **cumplimiento** al deudor y éste tendrá que hacerlo o exonerarse probando que se ha producido un caso fortuito. Parece que lo más evidente es que habiendo un **incumplimiento**, el acreedor pueda exigir el cumplimiento sin más, sin necesidad de probar que el incumplimiento es culpable, de tal forma que el deudor será quien tratará de exonerarse por la prueba del caso fortuito o su ausencia de culpa.

Sin embargo la realidad muestra diariamente que hay obligaciones en las que no se consigue el resultado previsto en la obligación y que no obstante sí hay cumplimiento. Un abogado contratado para llevar un intrincado pleito, ¿está obligado a ganar y si no lo logra estamos ante un incumplimiento?

El primer planteamiento es el que está detrás de las llamadas **obligaciones de resultado**. La obligación se construye sobre el fin deseado por el acreedor. Parecen las más sencillas e intuitivas cuando se trata de conseguir un resultado sencillo como dar una cosa. Son tan claras que pueden servir de paradigma simple de lo que es una obligación, pues si no se recibe la cosa en el momento pactado, el deudor simplemente ha incumplido: si no se logra el resultado que es el cumplir, se incumple. Ese incumplimiento podrá **ser inimputable o imputable** subsistiendo la obligación en este caso, aún cuando hubiese perecido el objeto de la misma (*perpetuatio obligationis*).

Así las cosas, para que la frustración del resultado sea **inimputable** es necesario que se produzca sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora, lo que supondrá en ese tipo de obligaciones que existe un caso fortuito. El **caso fortuito** se equipara a la ausencia de culpa o, si se prefiere, la ausencia de caso fortuito supondrá una presunción de culpa derivada de la frustración del resultado. Puede haber por tanto exoneración del deudor que no cumplió el resultado, pero sólo en el caso en que exista un caso fortuito.

**1730** Aun con la presunción de culpa que pueda darse, las obligaciones de resultado también tienen **hechos constitutivos** que el demandante debe probar: daño, acción o incumplimiento y relación causal entre ambos.

En las **obligaciones de actividad** por su parte, al ser el resultado de mucho más difícil consecución, puede darse una frustración del resultado aunque haya habido cumplimiento por parte del deudor. El cumplimiento o incumplimiento se independiza del resultado y el criterio para distinguir cuando ha habido cumplimiento o no se centra en el análisis de la diligencia del deudor. Tendremos **cumplimiento diligente e incumplimiento negligente**, independientemente de la consecución del resultado.

En estas obligaciones, el demandante, para probar los **hechos constitutivos** de su pretensión, debe demostrar: el daño, la acción o incumplimiento negligente y la relación causal entre ambos ( TS 21-6-07, EDJ 80182 ).

A la luz de estas diferencias, el **criterio para distinguir** las obligaciones de actividad de las obligaciones de resultado no es estrictamente jurídico, sino el hecho de que el resultado sea potencial o el resultado sea seguro. Cuando la obligación es de **resultado** la diligencia consigue el resultado y sólo será razonable que no se produzca si ha habido un caso fortuito. Cuando un abogado se compromete a hacer la declaración del IRPF de su cliente, con los datos que el cliente le aporta, es sin duda una obligación de resultado, pero llevar un pleito y la asistencia letrada más compleja es una **obligación de medios**. Valora la sentencia TS 23-2-10, EDJ 16373 en un caso de responsabilidad civil de un abogado: «el derecho no es una ciencia exacta y existen múltiples maneras de plantear un asunto a la hora de hacer alegaciones y prueba, siendo desde luego más fácil rebatir la actuación ajena cuando ya se sabe que ha dado unos resultados negativos». En este caso el TS consideró que la desestimación de la demanda no se debía tanto a errores y omisiones del abogado demandado como a circunstancias objetivas relacionadas con la dificultad de identificación de las fincas reivindicadas y a la complejidad de la reparcelación que las había afectado; y a circunstancias subjetivas relacionadas con el reconocimiento por los demandantes de su ubicación física.

**1732** También dice la sentencia TS 8-6-00, EDJ 14304 : «derivada de contrato de prestación de servicios tal como destacan las sentencias TS 28-1-98, EDJ 322 y 25-3-98, EDJ 1530 , que da lugar a obligaciones del abogado, que según destaca la sentencia TS 28-12-96 su obligación esencial de llevar la **dirección técnica** de un proceso es obligación de actividad o medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de una forma correcta».

La diferencia en cuanto a la **prueba** es importante. En la obligación de resultados el acreedor debe probar la existencia de la obligación y que no se produce un resultado, mientras que el deudor buscará exonerarse mediante la prueba de un caso fortuito, lo que en realidad es una ruptura del nexo causal. En las obligaciones de medios la cuestión no es de causalidad, sino de imputabilidad: el acreedor debe probar el incumplimiento negligente y el deudor se exonerará demostrando su diligencia.

**1734** La cuestión de todas maneras es todavía un poco más compleja pues en todas las obligaciones **el objeto puede tener una actividad y un resultado**. En la más simple obligación de dar una cosa, también existe la de conservar diligentemente, que es una actividad. Y del mismo modo en la obligación de medios el resultado forma parte de la obligación: si el abogado obra diligentemente y además vence en el pleito logrando el resultado, ha cumplido lo que tenía que hacer. Es decir, en estos casos el cliente -acreedor- no se ve enriquecido de más y no puede ser demandado por enriquecimiento sin causa. La complejidad radica entonces en que en las obligaciones de medios, el resultado forma parte de la obligación y si el acreedor lo obtiene no ha cobrado de más, pero por el otro lado, el acreedor no puede exigirle por ser meramente potencial.

**1736** **Obligaciones accesorias del abogado**

Todo contrato, por aquilatado que esté su contenido, tiene unos ciertos límites difusos y cuando el objeto es más complejo, puede ocurrir que sea todavía más difícil averiguar todo el contenido del mismo. Además existen las obligaciones accesorias de los contratos que se incorporan a los mismos, aunque en ocasiones no se contengan expresamente, pues se realiza a través de la **integración** (como por ejemplo la integración de la publicidad prevista en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, RDLeg 1/2007 ).

La integración consiste en que algo en principio ajeno pasa a **formar parte del contrato**, de tal forma que se extraen consecuencias complementarias a las existentes. Con la integración se puede agregar contenido no expreso en el contrato, sustituir algo de lo existente o colmar el vacío que ha dejado una nulidad.

La integración es distinta de la **interpretación** pues esta busca averiguar el sentido de lo que hay en el contenido del contrato, mientras que con la integración se varía ese contenido.

La primera forma integración es la llamada **auto integración**, con la que se colman las lagunas del contrato sin salir de él, acudiendo a la voluntad común. El procedimiento lógico por el que se realiza la auto integración es parecido a la analogía legis y la analogía *iuris*. Se trata de averiguar si el supuesto hecho no contemplado guarda una relación de *identica ratio* con otro que sí está contemplado, para aplicar al primero la consecuencia jurídica del segundo por un lado y, por otro, tratar de inducir a partir de las reglas concretas establecidas en el contrato una regla general que pueda solucionar los problemas de indeterminación del contenido.

La segunda forma de integración es la **hetero integración** que viene recogida en CC art.1258 . Este artículo, que es de *ius cogens*, advierte que los contratos tienen más contenido que el expresamente pactado. Junto con el art.1255 CC establece el gran marco normativo de la autonomía la voluntad. Desde la lógica que los dos guardan: si el límite de la autonomía de la voluntad es el orden público, el contrato se heterointegra con la buena fe, el uso y la ley.

La **ley imperativa** se encuentra en ambos artículos mencionados: es un límite a la autonomía de la voluntad, de tal forma que su transgresión genera la nulidad del contrato ( CC art.6.3 ) y además se integra necesariamente en el contrato. La **ley dispositiva**, por contra, se puede excluir cuando no contraríe «el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros» ( CC art.6.2 ). Pero si no se excluye, de manera natural se integra en el contrato. La ley dispositiva no es un límite a la autonomía de la voluntad, pero sí un elemento de la heterointegración.

1738 En cuanto a los **usos** hay que recordar la clásica distinción de usos interpretativos y usos integradores.

La **buena fe** es un principio general del Derecho ( CC art.7 ). Por un lado esa buena fe se presume en todos los contratantes que merecen una protección por actuar de buena fe. Además la buena fe supone un desenvolvimiento leal en el cumplimiento del contrato. De manera parecida a los usos, la buena fe puede servir para interpretar la voluntad común o para integrar el contrato incluso incluyendo deberes que no constaban expresamente.

Como un elemento más de esta heterointegración, se ha venido estableciendo que el contrato, además de los deberes de prestación, tiene otros **deberes de seguridad, de protección** incluidos en el contrato a través de este ( CC art.1258 ). Resulta evidente que, aunque nada se pacte, el abogado está obligado a mantener el secreto profesional y su violación daría lugar a una responsabilidad contractual, lo cual es aplicable a la heterointegración del código deontológico.

Advierte la sentencia TS 23-2-10, EDJ 16373 : «La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos» ( TS 14-7-05, EDJ 118638 ).

1740 En la sentencia de referencia se considera que la **actuación profesional** no se acomodó a las mínimas exigencias profesionales, con el transcurso de extensos plazos sin instar la prosecución de los procedimientos promovidos para el cobro de la deuda cuya gestión fue encomendada, con extravío de exhortos y cumplimiento tardío de mandamientos ( TS 21-6-07, EDJ 80181 ).

Sin duda también **forma parte de estas obligaciones** accesorias el deber de «informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho» ( TS 30-12-03, EDJ 186235 ).

#### 4. Responsabilidad civil en la sociedad profesional

---

1742 Cuando se ejerce la abogacía en una sociedad profesional, en lo referente a la responsabilidad patrimonial, la sociedad responde de las **deudas sociales** con todo su patrimonio y la responsabilidad de los socios dependerá de la forma social adoptada. Eso sí, de las deudas sociales que se deriven de actos profesionales, responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado. A tal efecto las sociedades profesionales deberán **contratar un seguro** que cubra la responsabilidad en la que puedan incurrir en el ejercicio de la actividad profesional ( L 2/2007 art.11 ).

De acuerdo con la Ley de sociedades profesionales este **régimen de responsabilidad** «será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley» y si «el ejercicio colectivo a que se refiere esta disposición no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional» ( L 2/2007 disp.adic.2ª ).

## B. Responsabilidad penal. Delitos o delitos leves cometidos por abogados

1750	1. Responsabilidad penal	1752
	2. Delitos cometidos por el abogado en calidad de autor	1756
	3. Delitos o delitos leves en los que el abogado es partícipe	1814
	4. Trascendencia penológica	1820

### 1. Responsabilidad penal

1752 En el ejercicio de su profesión los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los **delitos y faltas** que cometan. Así lo establece la LOPJ art.546.2 , y Estatuto General de la Abogacía Española ( EGAE art.78.1 ).

La responsabilidad penal del abogado puede derivar de sus conductas a título de **autor** (el que realiza el hecho es considerado autor propiamente dicho o en sentido estricto, CP art.28, párrafo 1º), o a título de **partícipe** (los que inducen o los que cooperan a su ejecución, CP art.28, párrafo 2º, letras a y b, y art.29 ).

La **autoría** en sentido estricto puede ser **directa** (realizar el hecho por sí solo), **mediata** (realizar el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento), o **coautoría** (realizar el hecho conjuntamente, esto es, tomando parte en la ejecución del hecho en virtud de acuerdo mutuo expreso o tácito entre los coautores, ya sea éste anterior o simultáneo a la realización del hecho).

Por su lado la **participación** puede consistir en la **inducción** (inducir directa y eficazmente a otro u otros a ejecutar el hecho), o en la **cooperación necesaria** o en la complicidad a la ejecución del hecho (contribuir a que el hecho sea posible mediante un acto que lo favorece).

Los autores en sentido estricto, los inductores y los cooperadores necesarios son todos ellos considerados autores ( CP art.28 ). Distinto es el caso de los **cómplices** ( CP art.29 ). De ahí que se haga especialmente relevante la diferenciación entre los cooperadores y los cómplices, no siempre sencilla, y para lo cual se han construido distintas teorías como la de la fungibilidad o la de la escasez de la aportación realizada por el partícipe.

1754 La intervención subjetiva que finalmente se determine bajo un concepto u otro tiene sin duda su trascendencia por cuanto al cómplice de un delito consumado se le impone una **pena inferior en grado** a la fijada para el autor del mismo delito ( CP art.61 y 63 ). En cuanto al inductor o al cooperador necesario, los jueces pueden imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley cuando en aquéllos no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamenten la culpabilidad del autor; es decir, en los casos de inducción o cooperación en un delito especial ( CP art.65.3 ). En este último caso, piénsese por ejemplo en el supuesto de un abogado que induce o coopera necesariamente al delito contra la Hacienda Pública cometido por su cliente.

### 2. Delitos cometidos por el abogado en calidad de autor

1756	a. Delitos especiales	1758
	b. ¿Delitos especiales o delitos comunes?	1780
	c. Delitos comunes	1800

1757 Dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, se destina el Capítulo VII del Título XX del Libro II ( CP art.463 a 467 ) a los delitos relativos a la **obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional**. Y en concreto dentro de éstos, los art.465, 466 y 467 se dedican especialmente a los abogados y procuradores. De hecho estos delitos se configuran como delitos o tipos especiales por cuanto para poder ser sujeto activo se requiere ostentar precisamente la condición, cualidad o relación que se hace constar en el delito en cuestión (p.e. ser abogado o procurador).

Los **delitos especiales** se subdividen además en propios o impropios (propios: cuando la no concurrencia de la condición, cualidad o relación exigida por el tipo, en este caso, la condición de abogado, supone la atipicidad de la conducta; o impropios: cuando la conducta típica puede ser cometida por cualquier persona, y si se ostenta una determinada condición, cualidad o relación, la pena puede resultar agravada).

Seguimos esta división de los delitos: delitos que solo pueden ser cometidos por **abogados o procuradores** (delitos especiales propios); los que pudiendo ser cometidos por cualquiera, reciben una agravación en el caso de los abogados (delitos especiales impropios); o los delitos cometidos por abogados como cualquier otro ciudadano (esto es, delitos comunes). Al abordar los delitos comunes nos ceñiremos exclusivamente a aquéllos que razonablemente puedan tener relación con el ejercicio profesional.

#### a. Delitos especiales

**1758** Para poder actuar ante los juzgados y tribunales, los abogados, procuradores y graduados sociales requieren estar colegiados ( LOPJ art.544.2 ; EGAE art.9.1 y 11 ). Tal requisito ha sido expresamente recogido por los Tribunales al analizar estos delitos, el abogado **debe estar colegiado** ( AP Barcelona 20-4-12, EDJ 136705 ).

Quien no esté colegiado podrá en su caso incurrir en **otras infracciones penales** (por ejemplo, intrusismo, o eventualmente estafa, pero no en los delitos especiales previstos específicamente para abogados o procuradores).

El requisito de la colegiación no se exige para los abogados que actúan al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral, pero no hay razones para descartar que los preceptos que a continuación se analizarán sean también de aplicación a los **Abogados del Estado**, letrados de la Administración de la Seguridad Social, letrados de las Cortes Generales, letrados de los servicios jurídicos de los entes locales o de las comunidades autónomas ( LOPJ art.544.2 y 551 ).

#### **1760 Delitos especiales propios**

Destrucción, inutilización u ocultación de actuaciones judiciales (nº 1762 ), revelación de actuaciones declaradas secretas (nº 1764 ) y deslealtad profesional frente al cliente (nº 1766 ).

#### **1762 Destrucción, inutilización u ocultación de actuaciones judiciales**

(CP art.465)

Este delito castiga al **abogado o procurador** que interviene en un proceso de cualquier clase (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, constitucional) y que recibe traslado de documentación o actuaciones en el proceso en esa calidad.

El tipo recoge tres **modalidades de conducta**, todas ellas realizadas con abuso de la función del abogado: destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones judiciales. La jurisprudencia únicamente ha conocido de supuestos relativos a la **acción de ocultar**. Dicha conducta, según la jurisprudencia, consiste en:

- esconder los documentos en lugares donde sea difícil encontrarlos; o
- guardar o no entregar el documento; o, incluso,
- dilatar indefinidamente su presencia en el procedimiento impidiendo que produzca los efectos que debiera ( TS 12-1-98, EDJ 51 ; 29-6-01, EDJ 15095 ).

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de **comisión por omisión** en la medida en que puede realizarse por la mera falta de entrega de los documentos o actuaciones judiciales siempre que se infrinja el deber jurídico especial que pesa sobre el abogado, cual es la lealtad y la colaboración con la Administración de Justicia ( AP Sta. Cruz de Tenerife 23-9-11, EDJ 324691 ).

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, se trata de un **delito de comisión dolosa** ( AP Cádiz 1-2-01 , sent 5/01, absuelve en un supuesto de extravío negligente).

#### **1764 Revelación de actuaciones declaradas secretas**

(CP art.466)

Como elemento objetivo del tipo, es precisa la previa declaración formal del secreto de las actuaciones conforme a lo dispuesto en LECr art.302 , que posteriormente son reveladas por el abogado. El **secreto de sumario** debe interpretarse en sentido restrictivo; esto es, no sería delito la revelación de una incidencia procesal dando cuenta simplemente de su celebración, mientras que sí lo sería divulgar el contenido específico de la diligencia practicada ( TS auto 11-5-01, núm 630/01 ).

De nuevo se requiere el **dolo**. El abogado debe saber que las actuaciones están declaradas secretas. A este respecto, el Tribunal Supremo ha declarado que no es necesaria una notificación formal del auto por el que se acuerda el secreto, sino que basta con acreditar que el abogado conocía la existencia de dicha resolución ( TS 1-6-11, EDJ 131043 ).

#### **1766 Deslealtad profesional frente al cliente**

La conducta descrita en CP art.467.1 : «**cambio de cliente**». La acción consiste en asesorar o defender en un mismo asunto ( AP Barcelona auto 9-6-99, Rec 89/99 ) intereses contrarios. Por tanto, debe existir un **conflicto de intereses** entre las personas defendidas ( TS 6-10-08, EDJ 234540 ), no solventado por su consentimiento, que debe ponerse de manifiesto con anterioridad o de forma coetánea a la asunción de la defensa o del asesoramiento de la parte contraria.

El tipo incluye no solo la asunción de la dirección letrada en un proceso sino también el **asesoramiento extraprocésal** ( AP Toledo 8-11-05, EDJ 210632 ).

Se trata de un delito que únicamente puede ser cometido de **forma dolosa** ( AP Madrid 23-3-09, EDJ 68914 ). Esto es, con conciencia y voluntad de asesorar o defender a las dos partes en un mismo asunto, con evidencia de intereses contrapuestos, sin que se requiera la concreta voluntad de perseguir un perjuicio ( TS 6-10-08, EDJ 234540 ). Existe discusión sobre si en este caso el perjuicio es potencial o real.

- 1768 La conducta descrita en CP art.467.2 : **perjuicio de los intereses encomendados**. El comportamiento punible ha de realizarse en el marco de una **relación abogado-cliente**. Por tanto, es necesario que la causación del perjuicio, en este caso real, se haya producido como consecuencia precisamente del incumplimiento del encargo profesional recibido en su condición de abogado. Una actividad extrajurídica, como podría ser el asesoramiento financiero, no puede convertirse en delictiva por la condición de abogado de quien la desarrolla ( TS 17-9-12, EDJ 210565 ). Asimismo, como decíamos, el abogado debe estar colegiado ( AP Barcelona 20-4-12, EDJ 136705 ).

En cuanto a los **elementos del tipo**, las sentencias TS 16-5-12, EDJ 106891 ; 20-11-09, EDJ 276029 establecen que:

- la conducta típica se puede realizar tanto por **acción** como por **omisión**; tanto dentro del proceso como fuera de él ( AP Murcia 9-10-15, EDJ 189155 );

- se trata de un delito de resultado, por lo que debe producirse un **perjuicio al cliente** que puede ser tanto económico como moral ( TS 17-2-16, EDJ 189155 ; 8-7-08, EDJ 128064 ; 22-5-02, EDJ 19880 ; 31-5-99, EDJ 8578 ). En consecuencia, debe producirse una desventaja, quebranto, daño o detrimento notorio de los intereses del cliente ( TS 1-2-00, EDJ 621 ). Se conocen supuestos en los que el abogado ha sido absuelto en la medida en que no se produjo un perjuicio al cliente. Así, en la sentencia TS 14-7-00, EDJ 18351 se confirma la absolución de un abogado cuyo comportamiento consistió en no haber presentado el escrito de acusación, gracias a que el fiscal lo había presentado y se había dictado sentencia de condena;

- se requiere la existencia de un **nexo causal** entre el comportamiento desleal del abogado y el perjuicio, que ha de ser manifiesto, palpable, patente, palmario u ostensible, lo que justifica la intervención del derecho penal para corregir la conducta del abogado ( TS 20-11-09, EDJ 276029 ); y

- en relación con el elemento subjetivo, el delito puede ser cometido tanto por **dolo**, incluido el eventual, como por **imprudencia grave** ( CP art.467.2, párrafo 2º ). La admisión de la modalidad imprudente puede significar no pocos problemas interpretativos.

- 1770 Algunas **conductas enjuiciadas** por nuestros tribunales, y condenadas por el delito analizado, han sido, entre otros supuestos, no llevar a cabo el encargo encomendado por los clientes y posterior invención de una resolución judicial favorable ( TS 24-2-16, EDJ 12347 ); la renuncia indebida a la acción penal con ocultación de dicha circunstancia a los clientes querellantes ( TS 16-5-12, EDJ 106891 ), aceptar el encargo de presentar una demanda y no hacerlo ( TS 1-2-00, EDJ 621 ), interponer una demanda o un recurso sin subsanar con posterioridad los defectos advertidos por el órgano jurisdiccional ocasionando el perjuicio de la finalización del procedimiento por inadmisión o archivo ( TS 14-7-06, EDJ 109830 ; 22-5-02, EDJ 19880 ), firmar en el marco de un juicio ejecutivo un acuerdo transaccional extrajudicial con el deudor del cliente sin su conocimiento ni consentimiento, condonando casi la mitad de la deuda pese al requerimiento previo de su patrocinado para que cesara en la prestación de servicios jurídicos ( TS 8-7-08, EDJ 128064 ).

**Participación del extraño o «extraneus»**. En estos delitos denominados de «prevaricación» realizada por abogado, la jurisprudencia admite que los **inductores y cooperadores**, pese a no ser abogados, puedan ser castigados por este delito ( TS 6-10-08, EDJ 234540 ). Posibilidad extensible por otro lado a los demás delitos especiales examinados.

- 1772 Concurso del CP art.467.2 con el CP art.253 (**delito de apropiación indebida**). El supuesto de hecho habitual, resuelto en las sentencias donde se plantea esta cuestión concursal, es el del abogado que hace suyas determinadas cantidades que le fueron entregadas por el cliente asociadas a un fin, o por un tercero para entregarlas al cliente, y que el abogado hace suyas ejercitando un indebido derecho de **retención o autopago de minuta**.

El Acuerdo del TS 16-12-08, EDJ 375250 , recogido en la posterior sentencia TS 23-12-08, EDJ 305135 , trata la cuestión relativa a las reglas concursales entre ambos delitos, deslealtad y delito de apropiación indebida: habrá **concurso ideal de delitos** cuando el letrado que distraiga dinero de su cliente por alguno de los títulos del CP

art.253 además perjudicara los intereses que le fueron encomendados por su cliente, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado.

La sentencia TS 16-5-12, EDJ 106891 parece sin embargo seguir un criterio distinto, aplicando un **concurso de normas**: cuando el abogado efectúa únicamente el autopago indebido de su minuta, nos encontramos ante un delito de apropiación indebida. En cambio, cuando además de efectuar el indebido *ius retentionis*, perjudica de forma relevante los intereses del cliente, nos encontramos ante la acción típica del CP art.467.2 . Esto es así, según el TS, porque el tipo de deslealtad profesional recoge la totalidad del injusto que va más allá del mero *ius retentionis* o autopago de minuta.

Las sentencias TS 31-1-08, EDJ 25605 y 8-7-08, EDJ 128064 , anteriores al Acuerdo mencionado, tratan también la cuestión de forma dispar (concurso de leyes en favor de la apropiación indebida y concurso real, respectivamente).

#### 1774 Delitos especiales impropios

Se admite la comisión de la conducta tipificada por **otros terceros** (CP art.465.1 y 466.1 ), razón por la que algunos autores los consideran también delitos especiales impropios (si bien no como tipos agravados sino como tipos básicos).

Los que a continuación se analizarán pueden considerarse sin género de dudas delitos especiales impropios por cuanto la conducta puede ser cometida por cualquier tercero, pero se verá **agravada** si es cometida por abogado o procurador.

#### 1776 Incomparecencia en causa criminal

(CP art.463)

El apartado primero de este precepto regula el tipo básico y los sucesivos recogen una pena agravada para el supuesto de que el sujeto activo sea, entre otras profesiones, **abogado**.

El delito contempla dos **modalidades de conducta**:

- la incomparecencia del sujeto activo citado en forma legal, sin justa causa, ante el órgano jurisdiccional, en causa criminal con reo en prisión provisional, que provoque la suspensión del juicio oral ( TS 4-2-02, EDJ 2705 ); y
- la incomparecencia por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión, previo apercibimiento de las consecuencias de una nueva incomparecencia ( AP Sevilla 8-2-02, EDJ 7057 ).

No constituye **justa causa** de la incomparecencia aquella que se podía haber anticipado y corregido por el sujeto activo. La AP Las Palmas 19-4-02, EDJ 20718 no aprecia justa causa por el hecho de que el letrado del Turno de Oficio que no comparece preste simultáneamente servicios para la Administración autonómica. La consideración de justa causa no puede depender del juicio valorativo del propio sujeto activo, sino que debe ser precisa, objetiva, determinada y apreciada por el Tribunal. La AP Castellón 21-2-06, EDJ 105991 no consideró justa causa la adicción alegada por el abogado a la cocaína y su presencia al mismo tiempo en un centro hospitalario por no resultar acreditado suficientemente.

Lo relevante es la **existencia** de la causa justa y no la **comunicación** de ésta al Tribunal. Una cosa es la enfermedad del abogado, si ésta queda suficientemente acreditada, y otra distinta la falta de comunicación que ha de resolverse en un ámbito disciplinario distinto en su caso ( TS 4-2-02, EDJ 2705 ).

El delito solo prevé la **comisión dolosa**. Los problemas matrimoniales de un abogado y una depresión excluyen la voluntariedad exigida por el tipo ( AP Murcia 18-11-98, Sent 111/98 ).

#### 1778 Presentación de testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces

(CP art.461)

Al igual que en el caso anterior, el precepto contempla una pena más grave si el sujeto activo es **abogado**.

La conducta típica consiste en la proposición de testigos o peritos por quien tiene facultad en un proceso para proponer prueba, a sabiendas de que aquéllos van a faltar a la verdad. La **consumación** se produce cuando los testigos (o peritos o intérpretes) propuestos deponen el testimonio falso ( TS 17-10-03, EDJ 127599 ).

#### b. ¿Delitos especiales o delitos comunes?

1780 Diversas **normas extrapenales** establecen obligaciones para los abogados (secreto profesional o prevención del blanqueo de capitales). Al mismo tiempo, el propio ejercicio profesional, más cercano a los Tribunales, puede significar especialmente a los abogados como posibles autores de determinados **delitos comunes** (estafa procesal o influir



a otra parte, sus abogados, procurador, perito, etc.). Se trata pues de delitos comunes con una nota importante de especialidad.

### 1782 Delito de revelación de secretos profesional

(CP art.199.2)

El deber de secreto profesional del abogado viene establecido en la LOPJ art.542.3 y CDA art.5 .

El auto TS 18-2-02, EDJ 23333 señala como **elementos típicos** los siguientes:

- **autoría** («el profesional»);
- **acción típica** (divulgar los secretos de una persona, entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin requerirse que se realice a una pluralidad de personas);
- **objeto material** (secretos, entendidos como lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine); y
- **medios o formas** (con incumplimiento de la obligación de reserva).

En el mismo sentido, TS auto 14-10-08, EDJ 199375 ; AP Madrid auto 21-4-09, EDJ 123211 y AP Las Palmas 10-6-13, EDJ 189569 .

1784 La sentencia de referencia confirma la condena a dos abogados como autores de un delito de **revelación de secretos del profesional** del CP art.199.2 , dado que aquéllos, por instrucciones de su cliente, utilizaron el correo electrónico de la hermana de su cliente, con contenido sexual (mostraba la infidelidad de ésta), con la finalidad de obligarla a renunciar a sus derechos sucesorios legítimos en la herencia de su padre. Los abogados condenados concertaron una reunión para supuestamente inventariar los bienes de la herencia. En vez de ello, mostraron a la contraparte los correos electrónicos (obtenidos de modo ilícito).

Establece además la sentencia que no cabe apreciar la **agravante** del CP art.22.3 de precio, recompensa o promesa pues se trata de una actuación profesional en la que la retribución forma parte de la propia naturaleza de la actividad; que la agravante contenida en el entonces CP art.197.6 -actualmente CP art.197.5 - (datos que se refieran a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera menor de edad o incapaz) no abarca los datos relativos a infidelidades («vida sexual» se refiere exclusivamente a los datos que revelen la orientación sexual de la víctima). Y en relación con el posible concurso con el CP art.197.3 , se decanta por el **concurso de normas**: la conducta típica del CP art.197.4 (difusión, revelación o cesión a terceros) se solapa con lo previsto en CP art.199.2 que, por su especialidad, refleja mejor el reproche penal debido ya que lo esencial de la conducta radica principalmente en el incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva ( TS 27-5-08, EDJ 82763 ).

### 1786 Delito de blanqueo de capitales

(CP art.301)

Son sujetos obligados los **abogados**, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la **concepción, realización o asesoramiento** de cierto tipo de operaciones -en concreto, operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, gestión de fondos, valores u otros activos, apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos, sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria- ( L 10/2010 art.2.1.ñ ).

1788 Las **obligaciones** pueden resumirse en:

- obligaciones de **diligencia** debida (consistentes básicamente en la identificación y conocimiento del cliente);
- obligaciones de **información** (examen especial, comunicación por indicio al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de cualquier operación que resulte sospechosa tras la realización del examen especial, abstención de ejecución, comunicación sistemática, prohibición de revelación y conservación de documentos); y
- obligaciones de **control interno** (adopción de políticas y procedimientos adecuados para dar un efectivo cumplimiento al resto de obligaciones).

El delito de blanqueo de capitales es un **delito común** que puede ser cometido por cualquier persona, incluidos los abogados. Cabe la comisión imprudente. Por ello, distinguiremos entre supuestos dolosos y culposos.

La sentencia de referencia confirma la condena a un abogado quien, conociendo el origen ilícito de grandes cantidades de dinero (en concreto, éstas procedían del tráfico de drogas) colaboró activamente en la constitución de un **entramado societario** a fin de ocultar el origen de este dinero, llegando incluso a ser miembro y socio fundador de

varias de estas sociedades pantalla. El conocimiento de este origen ilícito se considera probado del relato fáctico, máxime cuando este era el asesor legal y persona de confianza de los narcotraficantes ( TS 25-2-04, EDJ 10766 ).

- 1790 Si se produce una contribución activa a alguna de las conductas del CP art.301 ya sea con conocimiento de la finalidad perseguida por su cliente, o bien, con una desidia grave (una mínima cautela le hubiese advertido, máxime teniendo en cuenta sus deberes como sujeto obligado), podrá ser **cooperador** del delito de blanqueo que realice el cliente y responder por la modalidad imprudente. Esta sentencia condena a un asesor fiscal por un delito de blanqueo de capitales por **imprudencia grave** ( CP art.301.3 ) que sin participar en el tráfico de drogas, y a pesar de intuir que ese dinero procedía del tráfico de drogas, asesoró durante varios años a un narcotraficante en la construcción de un entramado financiero y societario, ayudándole así a ocultar la titularidad de ese patrimonio y darle una apariencia de legalidad ( TS 23-9-10, EDJ 206786 ).

También se condena por un delito de blanqueo de capitales por **imprudencia grave** al abogado que asesoraba a su cliente en el blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas. Señala esta sentencia que en este tipo no se exige que el sujeto sepa la procedencia de los bienes; será suficiente con que atendiendo a las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas tan sólo observando las cautelas propias de su profesión, y sin embargo, haya actuado al margen de las cautelas que le eran exigibles, máxime cuando en ciertas actuaciones, le imponían normativamente la averiguación de la procedencia de los bienes o la abstención de operar sobre ellos. Añade que la imprudencia grave ha de recaer sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes blanqueados ( TS 27-1-09, EDJ 10492 ).

- 1792 Respecto a la **responsabilidad penal del abogado** en relación con el blanqueo de capitales, resulta de especial interés la cuestión de si el abogado que en cobro de sus honorarios recibe de su cliente bienes que proceden de un delito, podría estar cometiendo por su parte un delito de blanqueo. Sin perjuicio de que en España no se cuenta con pronunciamientos jurisprudenciales determinantes al respecto, este asunto fue objeto de análisis y valoración por el **Tribunal Constitucional alemán** en sentencia de 30-4-2004, sosteniendo que era necesario restringir el tipo delictivo de blanqueo en lo que se refiere a su elemento subjetivo, concluyendo el Tribunal que sólo puede ser castigado penalmente aquel abogado que acepte en pago de honorarios bienes de origen delictivo cuando tenga conocimiento de ello de forma cierta. De hecho, el Tribunal llega, incluso, a interesar de fiscales y órganos jurisdiccionales del orden penal que moderen su actuación en el seno de un proceso de investigación criminal contra un abogado y que tengan en consideración el rol especial que éste desempeña.

En definitiva, el Tribunal Constitucional alemán presta especial atención a la protección del derecho de defensa y de la libertad de elección de abogado, así como la salvaguarda del **principio de confianza y la obligación de secreto** que rigen la relación abogado-cliente (no en vano ha de tenerse presente que el abogado que se sabe en riesgo de ser castigado penalmente si considera la posibilidad de que su cliente pueda abonar sus honorarios con bienes de origen delictivo dejará de velar exclusivamente por los intereses de su cliente y pasará a considerar los suyos propios, con el menoscabo que ello puede suponer para una defensa con todas las garantías).

- 1794 En **España**, la Audiencia Nacional se pronuncia en el siguiente sentido: «el pago de honorarios con dinero de origen delictivo al abogado implica un acto de transformación del dinero en los servicios profesionales del abogado que no genera por sí mismo ocultación de su origen ni consolidación de la capacidad económica de quien hace la entrega, pues el mero pago del servicio, sin la existencia de minutas desproporcionadas o mucho más altas de lo habitual, no supone adquisición, conversión o transformación de bienes, y por tanto, no completa el tipo de blanqueo de capital» ( AN 31-5-10, EDJ 147278 ).

- 1796 **Influir para modificar una actuación procesal**  
(CP art.464)

Según la sentencia TS 29-2-00, EDJ 2210, los **elementos típicos** del presente delito son:

- a) Un **intento de influir**, directa o indirectamente, sobre los sujetos procesales citados en el tipo penal (denunciante, parte, imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo).
- b) Que dicho intento se refuerce de **violencia o intimidación**, con el objetivo de atemorizar al sujeto pasivo de este delito.
- c) Que la finalidad perseguida con la acción nuclear del tipo (intentar influir) sea **modificar la actuación procesal** del sujeto pasivo en el curso de un procedimiento, de cualquier clase que sea éste.
- d) Elemento subjetivo o intencional, constituido por el **dolo de influenciar**, cualquiera que sea la finalidad que persiga el autor.

Se trata de un **delito de mera actividad**. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo su conducta se integraría en el subtipo agravado contemplado en el apartado segundo, que se sanciona en su mitad superior ( TS 2-11-11, EDJ 281062 ; 17-2-04, EDJ 6334 ; 6-11-01, EDJ 45094 ; 6-6-03, EDJ 35149 ; 19-12-07, EDJ 260325 ).

El requisito de intentar influir no requiere un **contacto personal** directo entre el autor y la persona a la que se dirige su acción ( AP Murcia 21-10-14, EDJ 223718 ).

### 1798 Estafa procesal (CP art.250.1.7º)

Comete delito de estafa procesal aquel que en un procedimiento judicial de cualquier clase **manipule las pruebas** en que pretenda fundar sus alegaciones o emplee otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

#### Precisiones

La sentencia de referencia **absuelve** a dos abogados del delito de estafa procesal del que venían siendo acusados. El Tribunal considera que no tenían conocimiento de la naturaleza y características de una prueba aportada (carta falsa), siendo ajenos por tanto a toda esta estrategia delictiva ( TS 29-3-11, EDJ 30609 ).

#### c. Delitos comunes

### 1800 Apropiación indebida (CP art.253 s.)

Los supuestos más habituales son aquellos en los que el abogado, bajo el pretexto de **liquidaciones o pago de minutas**, simplemente se apropia del dinero de sus clientes (recibido de distintas formas: cobro judicial o extrajudicial de algún crédito de su cliente, provisión de fondos, pagos de terceros, indemnizaciones por cuenta del cliente, etc.) y no lo devuelve de forma íntegra a su cliente. Según el Tribunal Supremo, es delictivo que el abogado retenga de forma unilateral, cantidades a las que no tiene derecho, o que tras realizar o no las gestiones encomendadas y sin rendir cuenta de las mismas, no devuelva las cantidades recibidas en provisión de fondos:

- Ejemplos de apropiación de la **provisión de fondos** ( TS 8-2-13, EDJ 10450 ; 23-12-08, EDJ 305135 ; AP Madrid 19-3-14, EDJ 88890 ; AP Barcelona 15-11-99, Rec 626/99 ).
- Ejemplos de apropiación de cantidades recibidas por el **cobro judicial o extrajudicial** de algún crédito de su cliente, pagos de terceros, indemnizaciones por cuenta del cliente ( TS 14-7-06, EDJ 109830 ; 8-7-08, EDJ 128064 ; 31-1-08, EDJ 25605 ; 6-3-12, EDJ 43949 ; 31-12-08, EDJ 272926 ; 23-12-05, EDJ 237388 ).

### 1802 Estafa (CP art.248 a 251 bis )

El supuesto más habitual de condena a un abogado por estafa en el marco de la relación abogado-cliente es aquel en el que el abogado solicita dinero al cliente comprometiéndose a realizar **labores de asesoramiento o de tipo procesal** a sabiendas de que no se van a realizar ( TS 20-11-09, EDJ 276029 ; AP Barcelona 20-4-12, EDJ 136705 ; TS 11-7-05, EDJ 113575 ; 25-4-05, EDJ 71547 ).

La sentencia de referencia confirmó la condena a un letrado por un **delito continuado de estafa**: según los hechos probados el acusado, abogado en ejercicio, se aprovechó de la confianza que en él habían depositado dos de sus clientes para inducirles a que le transmitiesen la propiedad de sus bienes inmuebles haciéndoles creer que las ventas respondían a operaciones simuladas destinadas a resolver sus problemas jurídicos, y que les devolvería sus bienes posteriormente, lo que no hizo, traspasándolos a sociedades pantalla que controlaba a través de testaferros. Existió engaño bastante dado que se empleó una maniobra defraudatoria que revestía apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, como los perjudicados, dada la solvencia, respetabilidad y confianza que reviste la profesión de abogado ( TS 30-10-12, EDJ 230410 ).

### 1804 Falsedad en documento oficial (CP art.390 s.)

Nuestros tribunales han conocido supuestos de abogados que han falsificado **resoluciones judiciales** para ocultar a sus clientes la mala marcha del procedimiento respecto del que habían asumido la asistencia letrada ( TS 14-7-06, EDJ 109830 ; AP Alicante 27-1-99, EDJ 5870 ).

La sentencia de referencia confirmó la condena a un **abogado de empresa** por falsedad en documento mercantil (simulación del documento que induzca a error sobre su autenticidad). En efecto, el abogado, pese a no haber confeccionado de propia mano los documentos reputados falsos, conocía que la realidad que había detrás de los mismos era falsa ( TS 25-1-06, EDJ 1607 ).

### 1806 Delito de coacciones

En la sentencia citada en relación con la revelación de secretos profesionales, los abogados no sólo mostraron a su contraparte el contenido de los correos electrónicos obtenidos ilícitamente sino que, además, los emplearon para tratar de **forzar a la contraparte** para que la hermana de su cliente renunciase a la parte de la herencia que legítimamente le pertenecía. Los abogados también fueron condenados como autores de un delito de coacciones ( TS 27-5-08, EDJ 82763 ).

### 1808 Alzamiento de bienes

(CP art.257 s.)

La sentencia condena también al abogado que, al resultar condenados sus clientes por un delito de defraudación tributaria, y al objeto de sustraer todos los bienes de estos individuos de la acción de la justicia, realizó una serie de actos y disposiciones patrimoniales con los bienes de los clientes. El Tribunal estima probado el elemento subjetivo exigido, esto es, el **conocimiento de la situación jurídica** de los bienes que se trata de sustraer a la acción de los acreedores ( TS 25-2-04, EDJ 10766 ).

### 1810 Amenazas

(CP art.169 a 171 )

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condenó, entre otros delitos, por un delito continuado de amenazas condicionales, a **un magistrado y a un abogado** que, actuando en connivencia para obtener un beneficio económico, ideaban planes para intimidar a personas que se encontraban imputadas en diligencias de las que venía conociendo el referido magistrado, a través de la amenaza de decretar prisión provisional sin fianza si estos no accedían a sus demandas económicas ( TSJ Cataluña 3-1-05, EDJ 71411 ).

También se condenó a un abogado como responsable de un delito de amenazas al exigir una elevada cantidad de dinero a un **banco** para no denunciar a este, en nombre de sus clientes, por supuestos delitos de falsedad y contra la Hacienda Pública ( AP Barcelona 3-2-99, Rec 543/98 ).

### 1812 Referencia a los delitos leves

De existir las conductas mencionadas anteriormente se considerarán razonablemente como delitos. Ello no debe hacer olvidar que en algunas (pocas) ocasiones el CP prevé que la conducta puede constituir delito leve:

- las **coacciones o amenazas** de carácter leve ( CP art.172.3 y 171.7 ); y
- lo mismo ocurre con las **estafas o apropiaciones indebidas** por importe no superior a 400 euros ( CP art.249 , párrafo 2º, 253.2 y 623.4 ).

## 3. Delitos o faltas en los que el abogado es partícipe

---

1814 Como se advertía en el nº 1758 s. , los abogados pueden participar en los delitos cometidos por terceros, incluso aunque esos delitos sean especiales como el delito contra la Hacienda Pública ( CP art.305 s. ). La jurisprudencia ha admitido reiteradamente la inducción, **cooperación necesaria o complicidad** del abogado en los delitos cometidos por terceros, con los posibles efectos de atenuación de la pena previstos en el CP art.65.3 .

Ello es especialmente importante por cuanto a través de su **asesoramiento**, el abogado puede ser considerado partícipe del delito cometido por su cliente. Destacamos especialmente la posibilidad de condena al **asesor fiscal** como partícipe en el delito contra la Hacienda Pública cometido por su cliente ( CP art.305 s. ; TS 20-5-96, Rec 1359/95 ; AP Madrid 25-1-00, EDJ 4350 ).

Naturalmente, cualquier conducta de asesoramiento no ha de ser considerada automáticamente como cooperación necesaria o complicidad punible. Será necesario un **análisis individualizado** de la aportación del asesor a la conducta defraudatoria del cliente (en definitiva sujeto pasivo del impuesto, y por tanto sujeto activo del delito). En muchas ocasiones, la participación del asesor simplemente podrá ser calificada como «conducta neutral», ajena al derecho penal.

En relación con los delitos de **revelación de secretos**, el abogado puede ser considerado partícipe si propone o asesora positivamente al cliente en la obtención de una prueba ilícita ( CP art.197.1 ).

1816 La sentencia de referencia condena a un abogado de empresa por apropiación indebida, al colaborar en una operación ficticia destinada a distraer dinero, y lo hace a título de **cooperador necesario** en la medida en que el abogado no recibió el dinero distraído por ninguno de los títulos que establece el actual CP art.253 ( TS 25-1-06, EDJ 1607 ).

Con carácter general, el análisis de la participación es si cabe más complejo en el ámbito de los **abogados internos de empresa** cuando el delito es cometido en el seno de la empresa para la que trabajan.

Por último, el establecimiento de la posible **responsabilidad penal de la persona jurídica** a través de la LO 5/2010, y el debate creado a su alrededor sobre la dotación de políticas de prevención de delito o de *compliance*, o sobre el status jurídico procesal de la persona jurídica en el proceso penal, puede abrir eventualmente nuevas vías de responsabilidad penal para el abogado (nº 915 s. ).

#### 4. Trascendencia penológica

1820 Más allá de las penas de prisión o multa previstas en los delitos analizados que puedan ser impuestas al abogado, es necesario reparar en la **pena de inhabilitación especial** para el desempeño de su profesión, bien por prevenirla específicamente el tipo, bien como pena accesoria ( CP art.56.1.3º ).

Delitos	Preceptos CP	Penas
<b>Delitos especiales (propios e impropios)</b>		
Destrucción, inutilización u ocultación de actuaciones judiciales (nº 1762 ).	CP art.465	Prisión de 6 meses a 2 años, multa de 7 a 12 meses e inhabilitación especial de 3 a 6 años
Revelación de actuaciones declaradas secretas (nº 1764 ).	CP art.466	Multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 1 a 4 años
Deslealtad profesional frente al cliente (nº 1766 ).	CP art.467.1	Multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial de 2 a 4 años
	CP art.467.2	Multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 1 a 4 años
	CP art.467.2 2º	Multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial de 6 meses a 2 años
Incomparecencia en causa criminal (nº 1776 ).	CP art.463.2 (relacionado con el art.463.1)	Prisión de 4 meses y medio a 6 meses o multa de 15 a 24 meses e inhabilitación especial de 2 a 4 años; para el segundo inciso, multa de 8 a 10 meses e inhabilitación especial de 2 a 4 años
Presentación de testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces (nº 1778 ).	CP art.461	Mitad superior de las penas que para los testigos falsos o los peritos o intérpretes mendaces se recogen en los artículos 458, 459 y 460 e inhabilitación especial de 2 a 4 años
<b>¿Delitos especiales o delitos comunes?</b>		
Revelación de secretos profesional (nº 1782 s. ).	CP art.199.2	Prisión de 1 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 2 a 6 años
Blanqueo de capitales (nº 1786 s. ).	CP art.301.1 (comisión dolosa)	Prisión de 6 meses a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes (y posible pena accesoria de inhabilitación)
	CP art.301.3 (comisión imprudente)	Prisión de 6 meses a 2 años y multa del tanto al triplo (y posible pena accesoria de inhabilitación)
Influir para modificar una actuación procesal (nº 1796 ).	CP art.464	Prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 24 meses. En su mitad superior si alcanzara su objetivo. Posible pena accesoria de inhabilitación.
Estafa procesal (nº 1798 ).	CP art.250.7	Prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses (y posible pena accesoria de inhabilitación)
<b>Delitos comunes</b>		
Apropiación indebida (nº 1800 ).	CP art.252 (relacionado con el art.249)	Prisión de 6 meses a 3 años (y posible pena accesoria de inhabilitación)
	CP art.252 (relacionado con el art.250)	Prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses (y posible pena accesoria de inhabilitación)
Estafa (nº 1802 ).	CP art.248	Mismas penas citadas para la apropiación indebida según sea el tipo básico (249) o los subtipos

Delitos	Preceptos CP	Penas
		agravados (250). Posible pena accesoria de inhabilitación.
Falsedad en documento público, oficial o mercantil (nº 1804 ).	CP art.390 y siguientes	Prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses (y posible pena accesoria de inhabilitación)
Coacciones (nº 1806 ).	CP art.172	Prisión de 6 meses a 3 años o multa de 12 a 24 meses (y posible pena accesoria de inhabilitación)
Alzamiento de bienes (nº 1808 ).	CP art.257	Prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses (y posible pena accesoria de inhabilitación)
Amenazas (nº 1810 ).	CP art.171.1	Prisión de 3 meses a un año o multa de 6 a 24 meses (y posible pena accesoria de inhabilitación)
Delitos leves	Preceptos CP	Penas
Amenazas o coacciones de carácter leve (nº 1812 ).	CP art.172.3 y 171.7	Multa de 1 a 3 meses
Estafa o apropiación indebida por importe no superior a 400 euros (nº 1812 ).	CP art.249 y 253.2	Multa de 1 a 3 meses

### C. Responsabilidad disciplinaria. Régimen y procedimiento

1900	1. Régimen disciplinario	1902
	2. Procedimiento disciplinario	1976

#### 1. Responsabilidad disciplinaria y régimen disciplinario

1902	a. Ámbito objetivo y competencia	1904
	b. Competencia colegial y competencia judicial	1910
	c. Régimen disciplinario	1920
	d. Carencias	1938
	e. Régimen disciplinario como fuente impropia de obligaciones éticas	1958
	f. Problema del rango normativo y principio constitucional de «reserva de ley»	1970

#### a. Ámbito objetivo y competencia

(LOPJ art.542.1; EGAE art.80 , 81 y 82 ; CDA art.1)

#### 1904 Ámbito objetivo

Los abogados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en sus actuaciones profesionales. Así se desprende de los preceptos de referencia, que determinan el ámbito objetivo de dicha responsabilidad -o conductas objeto de la misma- con el cruce de dos parámetros objetivos:

**a)** De un lado, que se trate de conductas o actuaciones realizadas en el **ejercicio de la abogacía** («en cuanto afecten a la profesión», EGAE art.81.1 ) y, por tanto, en la prestación de asesoramiento y defensa jurídicos ( LOPJ art.542.1 ); y

**b)** De otro lado, que se trate de conductas que constituyan infracción de sus **deberes profesionales o deontológicos** y, por tanto, de cuantos vienen determinados como tales en el propio EGAE o en el CDA, así como en otras disposiciones de la misma índole de ámbito europeo, autonómico o colegial.

De donde se infiere que, con carácter general, no vienen sujetas a responsabilidad disciplinaria las conductas del abogado que éste no haya realizado en el ejercicio de la profesión, es decir, en la prestación de asesoramiento y defensa jurídicos, por más que las mismas puedan ser encuadradas o subsumidas en cualesquiera de los tipos éticos o deontológicos previstos estatutariamente. De modo que, a tenor de dicho criterio general, **no estarían incluidos** dentro del ámbito objetivo de su responsabilidad disciplinaria aquellas conductas que si bien pudieran constituir infracciones de sus deberes éticos o deontológicos hubiera realizado el abogado, por ejemplo, como árbitro, mediador, perito, contador partidor, ciudadano particular en su tráfico civil o mercantil ordinario, parte procesal, etc.

1906 Sin perjuicio de lo cual y pese a ello, tal criterio general rompe en determinadas **excepciones** predeterminadas por la propia norma estatutaria, toda vez que existen supuestos de tipos objetivados o de **tipos «abiertos»** (nº 1958 s. ), en una técnica normativa que está lejos de encontrar el debido acomodo constitucional y en sus principios de legalidad y tipicidad ( Const art.25 ), en los que el abogado viene sujeto a responsabilidad disciplinaria por conductas ajenas al ejercicio de la profesión, bastando como ejemplo al efecto, la condena penal por sentencia firme a penas graves, sin distinción de las conductas punibles que la hubieran podido originar ( EGAE art.84.j ) o la realización de actos u omisiones que constituyan ofensa grave a la dignidad de la profesión ( EGAE art.84.c ) que, lejos ya de constituir norma punitiva en blanco, constituye lo que podría denominarse impropia como norma punitiva «abierta» o incluso arbitraria, toda vez que resulta imposible determinar las conductas que abarca, que no sea por el propio criterio subjetivo del órgano disciplinario competente y que, sin duda y a los efectos que ahora nos ocupan, puede extenderse a **conductas ajenas al ejercicio de la abogacía**. Piénsese a modo de ejemplo, en el maltrato de género, la vulneración de derechos fundamentales o humanos etc., casos a los que haría bien el legislador estatutario en ir acotando el supuesto.

#### 1908 Competencia

La responsabilidad disciplinaria del abogado viene determinándose en la retórica jurídica por el adjetivo «colegial» por cuanto la competencia para exigirla viene atribuida a los órganos de gobierno de los **colegios de abogados** por el EGAE art.81 , que establece que el Decano y la Junta de Gobierno (de los colegios de abogados) son competentes para el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, atribuyendo el EGAE art.82 dicha competencia en relación con los miembros de la Juntas de Gobierno de los Colegios y con sus propios miembros, al Consejo General de la Abogacía Española. Competencia ésta, en relación con los miembros de la Juntas de Gobierno de los Colegios que, las leyes de Colegios Profesionales de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas las competencias de Justicia, atribuyen a los **Consejos de Colegios de las CCAA** que estén constituidos, remitiendo la misma en relación con los miembros de estos Consejos al Consejo General de la Abogacía Española, como ya viene señalando el propio EGAE art.82 ya citado.

En cuanto a la competencia disciplinaria que el artículo citado atribuye a los **Decanos de los Colegios**, ésta queda limitada por el EGAE art.88 a las infracciones leves, mientras que las **Juntas de Gobierno** pueden ejercer la misma, a tenor del mismo precepto, en relación con cualquier tipo de infracción sea cual fuere su gravedad.

#### b. Competencia colegial y competencia judicial

1910 Sin embargo, además de en el ámbito colegial, también viene sujeto el abogado a responsabilidad disciplinaria en el **ámbito judicial** y también en el ejercicio de la profesión aunque, en este caso, exclusivamente por su actuación ante los juzgados y tribunales. Lo que encuentra resonancias en el EGAE art.80.2 cuando remite éste las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre los abogados a lo dispuesto en las leyes procesales y establece que las sanciones que imponga ésta se harán constar en el expediente personal del colegiado, siempre que se refieran a **normas deontológicas** que deban observar ante la administración de justicia, dejando constancia del doble frente de sometimiento a responsabilidad disciplinaria.

#### 1912 Policía de estrados

Se trata del ejercicio de lo que viene denominándose por la doctrina la policía de estrados o competencia disciplinaria que tienen conferida los **jueces y tribunales** ( LOPJ art.190 ) para mantener el orden en la sala y amparar en ella los derechos de los presentes. Competencia que en realidad se extiende, **más allá de la sala**, al mantenimiento del «orden» a lo largo y lo ancho del desarrollo de todo el proceso pues, como dice la LOPJ art.193 , su ámbito objetivo alcanza también a los quebrantos del «orden» que se produjeran por **«escrito»**, imposibles en la sala en la que cuantas actuaciones se desarrollan en ella se caracterizan por la oralidad.

Bien es cierto que en el último precepto citado se excluye a los abogados de las anteriores disposiciones, pero también lo es que tal exclusión sólo viene referida al ámbito subjetivo de la señalada competencia disciplinaria, para remitirlo separadamente en lo que a los **abogados y procuradores** se refiere, a las disposiciones que reserva la propia ley ya referida a dichos profesionales en la LOPJ art.546 y 552 a 557 .

#### 1914 Problemas de solapamiento y falta de límites claros (LOPJ art.190 s., 542.1 y 552 s.; EGAE art.36 s., 80 , 81 y 82 ; CDA art.1 y 11 )

En cuanto al ámbito objetivo se refiere, la LOPJ art.546 , 552 y 553 , extienden las **obligaciones** y posibles **infracciones** «procesales» de los abogados a cuantas impongan las leyes procesales, a cuantas les impone dicha ley y a las específicas de los cuatro apartados del art.553 citado que, sumadas todas ellas, superan con creces a cuantas señalara el precitado art.193 de la propia ley.

Obligaciones o infracciones relacionadas con el respeto a todos los que intervengan o se relacionen con el proceso, a la obediencia al que presida los actos orales en sus llamadas al «orden», a la comparecencia a los actos a los que fueren citados y a la abstención de renuncia al ejercicio de la defensa *ad hoc* más allá de unos plazos determinados

y otras relacionadas con la buena fe procesal y la independencia profesional que, finalmente, vienen dispersas en las **distintas leyes procesales**.

- 1916 Abanico de obligaciones e infracciones bien extenso que prácticamente coincide con las obligaciones éticas del abogado «en relación con los tribunales», tal y como éstas vienen tipificadas en EGAE art.36 y CDA art.11 y provoca el solapamiento virtual de los ámbitos objetivo y subjetivo del doble frente de sometimiento a responsabilidad disciplinaria del abogado por su **actuación ante los tribunales**, en las dos sedes competenciales, colegial y judicial, constituidas al efecto.

A nadie escapa que dicha circunstancia, último reducto inevitable de injerencia competencial de los poderes públicos en la independencia del abogado y absolutamente inexpugnable para su conquistada autorregulación institucional por sus propios fundamentos, que la hacen mineralmente refractaria a su expropiación, estaría llamada a constituir una fuente continua de **conflictos competenciales** entre los órganos judiciales y los órganos colegiales respecto de los referidos ámbitos objetivo y subjetivo de la responsabilidad disciplinaria del abogado por su actuación ante los tribunales, toda vez que no existe norma jurídica alguna destinada a establecer, siquiera básicamente, los límites competenciales entre ellos al efecto.

- 1918 Y así lo sería realmente si no fuera por la concurrencia, a su vez, de otras dos circunstancias que reducen los conflictos competenciales en la práctica a pura anécdota. De un lado, la más que reseñable **prudencia de los órganos judiciales** en respeto de la independencia de la abogacía, que les lleva a restringir o limitar el ejercicio de su potestad disciplinaria en los ámbitos competenciales objetivo y subjetivo señalados a los trances de oralidad, que ya va siendo hora de que, al fin, la lleve el legislador a la letra de ley como la más genuina sede del frente disciplinario judicial de la abogacía por su actuación ante los tribunales (policía de estrados), para dejar en manos del frente disciplinario colegial o autorregulado de la abogacía el resto del ámbito objetivo señalado, dibujando definitivamente el límite competencial entre ambos de forma clara, precisa y estable, sin perjuicio de los normales debates puntuales entre vecinos de toda frontera. Y, de otro, la más que reseñable **penuria de medios** de todo tipo de la Administración de Justicia, que la imposibilita de trabajar a fondo su competencia disciplinaria en los ámbitos competenciales que nos ocupan y lleva a los órganos judiciales a descargar su trabajo en la materia en los colegios, seguramente mucho más allá de lo que les gustaría e, incluso y a veces, mucho más allá de lo que deberían por tratarse de claros supuestos disciplinarios de policía de estrados en **sedes de oralidad**, que estarían llamados a asumir en todo caso, pues la disciplina en los mismos sólo tiene sentido con intermediación y por quien preside los actos para su efectividad inmediata, ya que de mantener el orden en sala se trata, difícilmente enjuiciables y efectivos de forma diferida y por quien no tuvo conocimiento directo de los hechos.

### c. Régimen disciplinario

- 1920 El régimen disciplinario es y pretende ser a la responsabilidad disciplinaria colegial del abogado, lo que el Libro Primero del Código Penal es a la responsabilidad penal de los ciudadanos en general. Es decir, algo así como unas disposiciones generales sobre las consecuencias de la **infracción deontológica** o el sistema regulador de la propia responsabilidad declarada o pretendida: las reglas generales para determinarla y exigirla de forma efectiva.

- 1922 **Estructura y contenido: calificación de las infracciones por su gravedad**

Partiendo de su naturaleza normativa recién señalada, la estructura del régimen disciplinario colegial de la abogacía sigue la de su modelo (Código Penal) aunque, como se comprenderá, de un modo eufemístico pues cualquier parecido con la simetría apuntada queda reducido a mera coincidencia. De modo que comenzando por la determinación de sus **ámbitos subjetivo y objetivo** en el EGAE art.80.1 («delitos y personas responsables»), ya estudiados en nº 1904 s. , continuaría con las **sanciones** en EGAE art.83 a 88 («penas») y concluiría con la ejecución de las sanciones, la extinción de la responsabilidad, la **prescripción** de infracciones y sanciones y la anotación de éstas en el **expediente colegial** del abogado, en EGAE art.89 a 93 (o «demás consecuencias de la infracción penal»).

En dicha **estructura** y orillando lo ya estudiado, ocupa lugar preeminente y acaparador la determinación de las sanciones que se extiende a lo largo de cinco artículos (EGAE art.83 a 87 ) y que, en lugar de seguir la técnica del Código Penal en cuanto a las penas, que las categoriza y las instrumenta en abstracto y por separado en la parte general (Libro Primero) mientras que establece la suya propia a cada uno de los tipos o infracciones penales de la parte especial (Libro Segundo), viene construido con la técnica ya clásica del **derecho disciplinario o administrativo sancionador** de no señalar a cada tipo, deber o infracción ética de las recogidas en el Código Deontológico (o en su indexación estatutaria al Título III EGA) su sanción, uniendo la categorización e instrumentación abstracta de las sanciones con la determinación pormenorizada y desglosada de los tipos o infracciones del Código Deontológico que resultan incluidas en cada una de ellas, resultando:

- a) Primero, una **clasificación de las sanciones** en tres categorías o calificaciones por su gravedad, de mayor a menor, como muy graves, graves o leves ( EGAE art.83 ).



**b)** Segundo, tres artículos ( EGAE 84 a 86 , ambos inclusive) abriendo un capítulo por separado a cada una de ellas para incluir la **lista de infracciones** de las previstas o tipificadas en el Código Ético (o en su indexación estatutaria al Título III EGAE) que comprende.

**c)** Tercero, una **determinación de las sanciones** que se podrían imponer a cada una de las tres clases o categorías de infracciones previamente calificadas por su gravedad ( EGAE art.87 ).

1924 La técnica tiene pregonado un propósito simplificador, pero en realidad sólo se comprende jurídicamente si se repara en el mecanismo de cierre del sistema, que se completa o ultima para casi todos los supuestos de infracción, con un dispositivo de corredera que permite una más que variada o indistinta **calificación de la gravedad** de cualquiera de las infracciones en presencia por parte del órgano competente en aplicación del principio de proporcionalidad que, con franqueza, lo que permite en realidad no es sino la más sencilla y pura arbitrariedad. Que si bien parece contraria a todo principio punitivo, especialmente el de legalidad ( Const art.25 ), resulta suficientemente deseable o, al menos, aconsejada y, desde luego, tolerable, en regímenes o sistemas disciplinarios de los llamados por la doctrina de «sujeción especial» en el que la variedad de situaciones y de circunstancias concurrentes permiten el agotamiento social o emocional de la responsabilidad que en el régimen penal parecería impensable. Siendo de señalar que, ello no obstante, haría bien el legislador en ir limitando paulatinamente el **sistema de corredera** para modernizar el sistema, homologándolo al de todo ámbito punitivo, ante el implacable avance modernizador que reclama el constitucionalismo en los más avanzados Estados sociales y de Derecho en el nuevo milenio.

1926 Sistema de corredera que consiste en abrir un portillo en cada uno de los capítulos de infracciones según su **gravedad**, (graves y leves, EGAE art.85 y 86 ), para saltar sin dificultad alguna entre todos ellos, bajo la frase que, compuesta como literal según su propósito jurídico orgánico, diría algo así como: «son infracciones de este tipo de gravedad las del capítulo anterior, cuando no tuviesen la gravedad suficiente para ser consideradas con la gravedad que allí se hace». Y que aparece en los apartados «g» y «d» de los art.85 y 86 para las infracciones graves y leves.

#### 1928 Sanciones

Tres son en la práctica los tipos de sanción previstos en EGAE art.81.2 y 87 : **apercibimiento** por escrito, **suspensión** en el ejercicio de la abogacía entre un día y dos años (por dos estadios según la gravedad, de hasta 3 meses para las graves y, a partir de ahí y hasta 2 años, para las muy graves) y **expulsión** del colegio. Siendo el problema más sobresaliente al respecto la determinación del contenido o sustancia de cada una de ellas, especialmente de la de suspensión en el ejercicio de la abogacía y de la de expulsión del Colegio, determinantes para su efectividad, es decir, nada menos que para su ejecución y para la represión del quebranto de ésta, empezando por la tipificación de la infracción de «quebrantamiento del cumplimiento de las sanciones». Problema que, a su vez, depende en gran medida de la determinación de cuestiones tan esenciales como qué sea el ejercicio de la abogacía o en qué consista exactamente la expulsión del colegio.

Sin embargo, el problema más importante y del que depende nada menos que la efectividad y, en definitiva, la honestidad, veracidad o autenticidad de todo el sistema de responsabilidad de la abogacía (y yo diría que de todas las profesiones), es que todas esas cuestiones tan capitales como decisivas no aparecen resueltas o reguladas normativamente, de suerte que se resuelven por aplicación de **conceptos jurídicos indeterminados** o abstractos del derecho común, abriendo de nuevo y de forma constante un nuevo portillo a la arbitrariedad que en nada beneficia al conjunto del sistema.

1930 La solución está lejos de ser pacífica aunque debe ser considerada básica para la efectividad del sistema jurídico regulador de la profesión y para el inicio y desarrollo de cualquier debate en torno a la cuestión y, desde luego, para que pudiera alcanzarse cualquier **conclusión** que pudiera ser mayoritariamente aceptada y, sobre todo, aplicada por los colegios de abogados a sus efectos, la siguiente:

**a)** En cuanto al contenido de la sanción de **apercibimiento por escrito**, no parece resultar en modo alguno difícil convenir en que la misma se agota con la notificación al sancionado de la resolución en la que la misma se imponga, pues ella misma consistirá en un apercibimiento, advertencia o amonestación y le llegará por escrito.

**b)** La de **suspensión en el ejercicio de la abogacía**, sólo puede ser entendida como abstención o cese real y efectivo en toda práctica ligada a la prestación de asesoramiento y defensa jurídicos ( LOPJ art.542.1 ). Desde realizar consultas o reuniones con el cliente, parte contraria o su defensor o compañeros de despacho propio o ajeno atinentes a defensas en las que se participe de cualquier modo o la realización de gestiones de todo tipo, hasta realizar cualquier tipo de actuación judicial o en cualquier tipo de procesos jurisdiccionales, administrativos o de jurisdicción voluntaria, dentro o fuera de la Administración Pública en general, pasando por el estudio o la redacción de todo tipo de escritos, dictámenes o cualquier otro tipo de obra escrita o discursiva, relacionada con el asesoramiento y defensa jurídicos. Acudir al despacho habitual o dedicarse fuera de él a los trabajos propios del mismo. Pero, además, entendiendo la «prestación de defensa» como asunción de la posición de garante genérico del interés defendido y, por tanto, de **«barrera de contención de todo riesgo del mismo»**, que lleva la defensa jurídica a la constitución del abogado en estado de alerta permanente para dar respuesta a toda contingencia en la gestión del interés defendido.

1932 **c)** Y la de **expulsión del colegio**, por argumentos que exigirían un tratado específico al efecto, como expulsión ficta de su condición de colegiado en tanto que sólo puede ser concebida como «exclusión forzosa de la profesión» y por tanto, sujeta a control de su quebranto por parte del órgano colegial competente que la impuso y ejecuta su cumplimiento. Lo que necesariamente debe conllevar, de un lado, la pérdida de todos los derechos políticos como colegiado, así como la pérdida de su condición institucional de abogado y, por tanto de la función propia de la misma con abstención o cese real y efectivo en **toda práctica** ligada a la prestación de asesoramiento y defensa jurídicos ( LOPJ art.542.1 ), como si de una suspensión en el ejercicio de la profesión se tratara. Y de otro, que tales pérdidas tengan **carácter indefinido**, de modo que pudiera cesar por acuerdo de levantamiento o rehabilitación adoptado por el mismo órgano que la impuso y controla su ejecución, a petición del expulsado y de acuerdo con unas condiciones que garanticen en lo posible la realidad de la rehabilitación solicitada y que sólo podrían pasar por la necesaria reparación en lo posible y necesaria del mal causado y en la acreditación de las suficientes actividades o conductas rehabilitadoras, por mínimas que sean.

#### 1934 Prescripción

Ningún problema plantea sin embargo la regulación estatutaria de la prescripción de las infracciones y sanciones que, integrada la institución con su regulación en el derecho penal común, según doctrina colegial y judicial constante y, en todo caso, con los debates doctrinales que en dicha sede se plantean de ordinario al respecto, viene regulada en EGAE art.91 y 92 respectivamente, estableciendo como **plazo prescriptivo común** para las infracciones y sanciones muy graves el de tres años, para las graves el de dos años y para las leves el de 6 meses. Regulando llanamente el *días a quo* de su cómputo, las causas de su interrupción y el *días a quo* de su reanudación.

Siendo en todo caso el debate más enconado al respecto, el relacionado con las condiciones de la **reanudación de dichos plazos** si su cómputo se viera interrumpido por las causas establecidas al efecto, en el sentido de si su dicho cómputo comienza de cero en el momento de la reanudación o, iniciada ésta, continúa el cómputo en el momento en el que estaba al ser interrumpido. Especialmente en la **causa de interrupción** prevista de forma específica para las infracciones en el EGAE art.91.3 , durante la tramitación de la fase procesal de «información previa», situándose entre los que sostienen que el cómputo de la prescripción debe comenzar de nuevo de cero una vez agotada su interrupción, sin contar el tiempo transcurrido desde su inicio originario hasta el momento en el que se produjera su interrupción, pues lo contrario sería desvirtuar la institución prescriptiva para convertirla en otra, lejos de su naturaleza y de la voluntad del legislador (caducidad).

#### 1936 Anotaciones y su caducidad

(EGAE art.78 s., 80 , 81 y 83 )

Obligada la anotación de las sanciones en el **expediente colegial** del abogado sancionado por EGAE art.80.3 , regula su **cancelación** el EGAE art.93 de la propia norma estatutaria, disponiendo que ésta se producirá de oficio o a solicitud del sancionado una vez transcurridos los siguientes **plazos**, a contar desde el día siguiente a aquél en el que hubiere quedado cumplida la sanción, sin que el colegiado hubiere incurrido en nueva responsabilidad: 6 meses para las sanciones de apercibimiento por escrito, un año para las de suspensión en el ejercicio de hasta 3 meses, 3 años para las de suspensión superiores a 3 meses y 5 años para las de expulsión.

El texto del precepto califica los plazos de cancelación como de **caducidad** cuando, en realidad, serían de prescripción toda vez que, no sólo se interrumpen con la imposición de nueva sanción por resolución firme (si el colegiado «hubiera incurrido en nueva responsabilidad»), sino que el cómputo de los mismos se iniciaría de nuevo desde cero, una vez reanudado a partir del momento de la firmeza de esa nueva sanción.

#### d. Clamorosas carencias

1938 Si, conforme al nº 1920 s. , el régimen disciplinario viene a cumplir en el EGAE la misma función que el Libro Primero del Código Penal, es decir, la de establecer con precisión las disposiciones generales sobre las consecuencias de la **infracción deontológica** o reglas para determinar y exigir de forma efectiva la responsabilidad declarada por la posible infracción de una norma ética, se comprenderá fácilmente hasta qué punto dependen la honestidad, la virtualidad y la eficacia del Código ético de la abogacía de una buena y completa regulación de su régimen disciplinario y de que éste contemple de un modo suficiente los aspectos cruciales de su modelo de referencia.

Siendo desde dicha perspectiva, desde la que se observan en el mismo dos carencias clamorosas que en modo alguno se comprenden, siendo una la ausencia de regulación de la ejecución de las sanciones y, la otra, la falta de regulación de aspectos cruciales de los **recursos jurisdiccionales**: el reconocimiento de legitimación activa al denunciante ético para impetrar jurisdiccionalmente la revisión de los acuerdos colegiales de archivo de sus quejas o el recurso frente a los acuerdos de ejecución de las sanciones.

#### 1940 Ejecución de las sanciones

Es cierto que el EGAE dedica a la ejecución de las sanciones su art.89, pero no lo es menos que resulta tan insuficiente que deviene inoperante, no solo por la escasez de las cuestiones que aborda sino por la escasez con la que aborda

la **regulación** de las pocas que plantea. Por que decir que las sanciones se ejecutarán cuando sean firmes sin decir cuándo es ese momento es no decir nada, del mismo modo que decir que podrán publicarse sin decir para qué, no sólo es dejar la decisión al arbitrio de 83 Colegios distintos e incluso para cada caso en cuestión, sino también introducir más confusión a la vista del conjunto del ordenamiento jurídico y la doctrina jurisprudencial al respecto. Lo que igualmente ocurre con el párrafo segundo del mismo precepto, al regular la **efectividad de la sanción** en todos los Colegios de España sin regular los recursos contra su ejecutoria ni establecer qué tendrán que hacer todos los Colegios por igual para conseguir la referida efectividad.

También es cierto que la L 39/2015 -LPAC-, regula la ejecución de los **acuerdos administrativos** y que dicha regulación resulta de aplicación en nuestro caso. Pero tan feliz circunstancia no alivia las **carencias** señaladas por las tres razones que ya se han venido adelantando:

- el carácter abierto de la regulación de las ejecuciones en la ley recién citada;
- las particularidades de la ejecución de las sanciones propias del régimen sancionador de la abogacía según su contenido que ya quedó señalado en nº 1928 s. ; y
- la existencia de 83 colegios de abogados y 17 consejos autonómicos en España que impiden la unificación de doctrina en la materia.

1942 Si a ello se añade lo extraordinariamente restrictiva que ha venido en resultar la legislación española sobre protección de datos de carácter personal y, aún más, la doctrina de la **agencias de protección de datos** en su interpretación, hasta el punto de provocar el merecido varapalo que les dispensara la sentencia dictada por la Sala Tercera del **Tribunal Europeo de Justicia** ( TJUE 24-11-11 asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10 ) y el exquisito tratamiento que deben dispensar los Colegios a sus colegiados en cuestiones que atañen a su seguridad jurídica en el ejercicio de su profesión que, de otra parte, constituye su sustento y buena parte de la riqueza de la nación, se comprenderá fácilmente hasta qué punto resulta dificultosa la ejecución de las sanciones e incomprensible que la profesión no haya regulado la misma aún en su régimen disciplinario en los 35 años transcurridos desde la proclamación de la Constitución de 1978.

En cualquier caso y teniendo en cuenta el contenido compartido por todas ellas, el cumplimiento y la ejecución de las sanciones inhabilitantes, definida o indefinidamente, para el ejercicio de la profesión (**suspensión y expulsión**) -que son las que plantean problemas jurídicos en su concreción material- y su futura regulación estatutaria, deberían realizarse del siguiente modo a la vista de nuestro sistema jurídico en su conjunto y de la propia sentencia del Tribunal Europeo de Justicia recién señalada: deberá partir de que el ejercicio de la abogacía no se detiene en asistir a juicio, sino que se extiende a todas las funciones arriba señaladas como propias de la función de la defensa (nº 1930 s. ). Pero, sobre todo, de la prestación de **asesoramiento y defensa** como estado permanente de garante del interés de tercero en que consiste y, por tanto, que la inhabilitación en el mismo solo podrá consistir en el cese, tanto en los encargos en curso como en la aceptación de otros nuevos, durante el período que dure.

1944 De modo que si, además, se requiere que el cese sea forzoso sin limitar indebidamente la libertad personal del inhabilitado, solo será posible articular administrativamente la ejecutoria requiriéndolo de cese bajo su responsabilidad y avisando del cese a los centros habituales de su actividad y a quien pueda recibir o requerir sus servicios en ese período. Conformando una **ejecutoria de comunicaciones**, que solo podrá ser real y efectiva si se extienden: al interesado, con requerimiento bajo su responsabilidad de entrega de su carné profesional, de sustitución de defensor en los asuntos en que intervenga y de cese en la aceptación de nuevos encargos; a su despacho por si fuera colectivo, con requerimiento de suspensión de funciones y verificación al colegio actuante; a todos los colegios de España y, por ellos, a todos los órganos judiciales del país y a todos los ciudadanos por sus «ventanillas únicas» colegiales, haciéndolo aparecer en sus registros de colegiados en situación de «inhabilitado» durante el tiempo que dure la sanción, no por publicidad punitiva y abusiva sino en evitación del mantenimiento e inicio de encargos. Arbitrando expedientes de quebranto de sanción en los casos de incumplimiento de estos requerimientos que así lo justifiquen.

Asimismo, la eficacia del sistema exigirá mantener la competencia disciplinaria sobre el **quebrantamiento de sanción** y, por tanto, mantener al inhabilitado, incluso expulsado, bajo sujeción colegial en situación de «inhabilitado para el ejercicio por cumplimiento de sanción», instaurando la infracción específica de quebranto, tanto del propio, por ejercer, como del impropio, por rebeldía a otros requerimientos del cumplimiento. Y, finalmente, **limitar los recursos contra la ejecutoria** para evitar el eterno bucle revisorio, al directo en vía jurisdiccional por «actuación por la vía de hecho» que, abarcando el cumplimiento a toda España, será competencia exclusiva de los juzgados del territorio del colegio actuante, evitando multiplicidades improcedentes y dilatorias. Medida esta última que permitirá la inadmisión *a limine* de los recursos indebidos por naturaleza o territorio.

1946 En cuanto a la **actuación en las ejecutorias** del modo señalado sin necesidad de su regulación estatutaria, la abonan la LPAC, la Ley de colegios profesionales, el Código Civil, la LOPD y la sentencia del TJUE que ha quedado repetida, junto con todo el sistema jurídico regulador de la abogacía. Y en cuanto a su **regulación estatutaria**, resulta posible aunque no tenga rango de ley pues o bien quedaría como criterio interpretativo para los tribunales o bien podría el Gobierno llevarlo a la Ley de la Jurisdicción sin más problemas.

## 1948 Recurso jurisdiccional

Carece finalmente el régimen disciplinario estatutario de regulación del **régimen jurídico** de los interesados en la responsabilidad disciplinaria colegial y, por ende, de los **legitimados** en el mismo. Cuestión que no tendría ninguna trascendencia si no fuera porque los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa no hubieran dado en consolidar la doctrina de que los ciudadanos carecen de legitimación activa para someter a revisión jurisdiccional los acuerdos adoptados por los colegios profesionales que archiven sus quejas por falta de ética, lo que deja su legalidad fuera del control judicial. Los fundamentos de semejante criterio, se limitan a negar que el ciudadano defraudado éticamente por el profesional que lo atendió, tenga «**interés legítimo**» en la revisión judicial de su exculpación colegial pues ninguna ganancia «**real**» obtendría con la sanción que se le pudiera imponer.

Frente a ello, a nadie escapa que el **compromiso ético** de los profesionales en el ejercicio de su función, es personal y directo con su cliente y que, si éste se viera defraudado éticamente en la prestación de los servicios recibidos sufrirá, especialmente por tratarse de ética profesional, un **daño moral «real», personal y directo**, en la confianza depositada en el profesional contratado, sustrato jurídico causal de todos los contratos de prestación de servicios. De tal modo que, además y sin perjuicio de defraudar a todo el colectivo al que pertenezca y a su colegio, el profesional que actúe sin ética defraudará también, moral y singularmente, a su cliente.

- 1950 Motivo por el cual y en contra del criterio mantenido por nuestros jueces, la **sanción deontológica** que pudiera imponerse a dicho profesional será la única y moral reparación posible del daño moral sufrido por su cliente defraudado y, como tal reparación, constituirá para éste un beneficio, ganancia o mejor condición «real» y, por tanto, un «interés legítimo» más que suficiente para **legitimarlo activamente** ante la jurisdicción en revisión del acuerdo colegial por el que fuera archivada su queja. Mantener lo contrario para denegarle la tutela judicial se convierte así, sencillamente, en una prórroga encubierta de la jurisdicción contraria al ordenamiento jurídico ( LOPJ art.9.6 ).

El verdadero alcance del problema, sin embargo y con ser ya grave, es que tan insostenible doctrina judicial no solo afecta aisladamente al caso concreto, sino que inhabilita la virtualidad de todo el sistema de responsabilidad ética de las profesiones pues, al dejar **fuera del control judicial** el acuerdo exculpatorio ético, deja fuera de control precisamente el posible mal uso que pudieran hacer los colegios profesionales de su competencia disciplinaria, empleándola para disolver la responsabilidad de sus miembros en lugar de para exigirla, dando absoluta franquicia en nuestro moderno Estado de Derecho al más rancio pecado de los colegios profesionales: El **corporativismo**.

- 1952 La cuestión es de enorme trascendencia en tanto la competencia disciplinaria colegial constituye la piedra angular del profesionalismo, en el que la **ética autorregulada** es no solo su seña de identidad como garante de su independencia frente a los poderes públicos, sino la traza de futuro en todos los ámbitos para la moderna prestación de los servicios, si se repara en que no existe ya actividad privada que no recurra a la ética como garantía de su solvencia profesional y no tenga en la autorregulación su destino natural, si quiere hacerla cumplir con independencia y eficacia. Por lo que seguir permitiendo que se mantenga fuera del control judicial la legalidad de las **decisiones exculpatorias** adoptadas en el ejercicio de dicha competencia, lastra y debilita no solo el ejercicio independiente y autorregulado de las profesiones, sino una de las piezas capitales de la prestación de servicios en las sociedades modernas, al dejarla ante los ciudadanos sin las debidas **garantías**.

Lo que resulta especialmente grave si se tiene presente que dicha doctrina puede acabar extendiéndose por los órganos colegiales competentes en materia disciplinaria a la sede administrativa para alejar a los **consumidores y usuarios** de la legitimación para impetrar la revisión de sus acuerdos en sede de recurso de alzada ante los consejos autonómicos de colegios de abogados o, en su caso, ante el Consejo General de la Abogacía Española ahora que, desde la última reforma de la Ley de colegios profesionales a resultas de la entrada en vigor de la llamada Ley Ómnibus ( L 25/2009 de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y en su art.1 establece que son fines esenciales de estas Corporaciones, entre otros, «la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados» ( L 2/1974 art.1.3 ).

- 1954 Y visto que no son suficientes para evitarlo los sobrados instrumentos que ya hoy arbitra el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los razonamientos que quedan expuestos, se impone la **reforma legal** pertinente que legitime cuanto antes y de forma expresa al denunciante ético, para impetrar la revisión de los acuerdos colegiales que archiven sus quejas. En sede estatutaria y en cuantas sea menester, pero, desde luego, sentando en el régimen disciplinario colegial el principio, para que sirva de elemento imperativo en sede administrativa e interpretativo en sede jurisdiccional.

### e. Régimen disciplinario como fuente impropia de obligaciones éticas

- 1958 El régimen disciplinario viene a cumplir en el EGAE la misma función que el Libro Primero del Código Penal, es decir, la de establecer con precisión las **disposiciones generales sobre las consecuencias de la infracción deontológica** o reglas para determinar y exigir de forma efectiva la responsabilidad declarada por la posible infracción de una norma ética (nº 1928 s. ), sin embargo, en la EGAE art.84, 85 y 86, destinada a agrupar los **deberes éticos** establecidos en la parte especial o código deontológico y en su indexación estatutaria (EGAE Título III) según la gravedad de su

infracción, el legislador estatutario desliza en ellos tipos deontológicos no contemplados en la referida parte especial, constituyendo al régimen disciplinario en **fuerza impropia** de obligaciones éticas no normadas en el código ético o en su indexación estatutaria, en una técnica normativa que está lejos de ser aceptable y que, en todo caso, resulta inadecuada, pues no es tal la sede regulatoria de las obligaciones éticas o deontológicas sino la calificatoria del grado de responsabilidad que genera su infracción según su gravedad, amén de que no permite el desarrollo regulatorio adecuado de las mismas. Sin que sea éste el lugar de estudiar tales infracciones de modo dogmático, baste señalar su instrumentación inadecuada y, desde luego, su vigencia y exigencia como obligaciones éticas no tipificadas en su sede natural.

- 1960 Nos estamos refiriendo a «la realización de actividades, constitución de **asociaciones** o pertenencia a éstas que tengan como fines o realicen funciones que sean propias y exclusivas de los colegios» ( EGAE art.84.f ); o a «El deliberado y persistente incumplimiento de las normas deontológicas esenciales en el ejercicio de la abogacía» ( EGAE art.84.k ) que, claramente requeriría su regulación en un precepto aparte que contemplara la **reincidencia o reiteración** como causa de agravación de la responsabilidad o en sede de proporcionalidad, que también carece de regulación sustantiva en el propio régimen disciplinario; o, en el mismo sentido, a «La cooperación necesaria del abogado con la empresa o persona a la que preste sus servicios para que se apropien de **honorarios profesionales** abonados por terceros» ( EGAE art.84.i ); y, finalmente y por no extender más la relación, a la «Comisión de **delitos dolosos** en cualquier grado de participación, como consecuencia del ejercicio de la profesión» ( EGAE art.84.c ). Precepto éste que, por el efecto corredera de los art.85.g y 86.d , se extiende a éstos también.
- 1962 Mención especial junto con el último citado, merecen otros tipos sustantivos recogidos en los mismos artículos y a los que ya nos referimos más arriba (nº 1904 s. ) que, además de cuanto queda dicho en general sobre los mismos hasta aquí, debe señalarse su **carácter objetivado**, consistente en constituirse sobre una consecuencia o responsabilidad objetiva declarada por otro órgano, por actos que no serán objeto de enjuiciamiento en sede disciplinaria colegial. Entre los cuales y junto al que ya queda dicho ( EGAE art.84.c, primer inciso ), se incluirían también «La condena de un colegiado en **sentencia firme** a penas graves conforme al art.33.2 del Código Penal » ( EGAE art.84.j ); o a «la **competencia desleal**, cuando haya sido declarada por el órgano competente...» ( EGAE art.85.e ). Cuya infracción genera la problemática punitiva que suscita la aplicación del principio «**Non bis in idem**» y que, según doctrina constante en sede jurisdiccional, no pueden incluirse en su imperio por no concurrencia de la triple identidad que requiere (sujeto, objeto y fundamento), al venir sustentados en distinto fundamento.

#### 1964 Competencia desleal y competencia disciplinaria (EGAE art.85.e)

Singular problemática plantea el último tipo objetivado al que se acaba de hacer mención, que dispone que constituye infracción grave «**La competencia desleal, cuando haya sido declarada por el órgano competente**», en tanto que existen corrientes doctrinales que, con base en dicho precepto, sostienen la falta de competencia disciplinaria de los colegios de abogados para sustanciar la responsabilidad disciplinaria del abogado por infracción de las normas éticas que establece el Código Deontológico y su indexación estatutaria sobre competencia desleal, olvidando que siguen en vigor el EGAE art.80 y 81 , que señalan la **competencia colegial** de la abogacía para ejercer la potestad disciplinaria en materia de ética profesional y siguen en vigor los art.25 EGAE y los art.7 y 8 CDA y, por tanto, que sigue obligada éticamente la abogacía por su código ético a la leal competencia y, muy especialmente, que siguen manteniendo en toda su plenitud su **competencia disciplinaria** en la materia las juntas de gobierno de los Colegios de Abogados.

Realidad jurídica que en modo alguno pueden cuestionar dichas corrientes, en tanto que se fundan en dos **interpretaciones** del precepto citado en negrita, que entendemos erróneas:

a) Que si el precepto se refiere al «**órgano competente**» para la declaración de la infracción, cuando todas las infracciones del artículo en el que se inserta ( EGAE art.85.e ) deben venir previamente declaradas por la Junta de Gobierno, ese «**órgano competente**» es otro u otros distintos de la Junta de Gobierno del propio Colegio.

b) Que no siendo la Junta de Gobierno de los Colegios de Abogados el «**órgano competente**» de ese precepto y siendo ese el único precepto que habla de forma específica de la competencia desleal, la Junta de Gobierno de los Colegios de Abogados **no es competente** en ningún caso para disciplinar la infracción de las normas que rigen la leal competencia.

- 1966 Viniendo determinado el error de la primera conclusión en que se saltaría el viejo principio de la hermenéutica jurídica de que «donde la ley no distingue no debemos distinguir» y, por tanto, que si bien podría interpretarse que se está refiriendo a **más órganos competentes** en materia de competencia desleal, distintos de la Junta de Gobierno, no necesariamente está excluyendo del mismo a la propia Junta de Gobierno, toda vez que el precepto no distingue entre unos y otros y la Junta de Gobierno es competente en materia de competencia desleal a tenor de lo previsto en EGAE art.80 y 81 y de las normas éticas contenidas en el art.25 de la propia norma estatutaria y art.7 y 8 del CDA , como ha quedado ya dicho.

Y el error de la segunda en que, aún en el negado supuesto de que pudiera tenerse por cierta la anterior y errática conclusión, el hecho de que la Junta de Gobierno no viniera incluida entre los «órganos competentes» a los que se refiere dicho precepto y el hecho de que sólo éste sea el que hable específicamente de dicha materia, no quita para que, citando el EGAE art.84.c) de forma genérica como infracciones todos los **actos u omisiones que constituyan ofensas graves** a cualesquiera normas éticas de la profesión, sea evidente que, sin perjuicio de cuales fueren los «órganos competentes» para declarar las infracciones de competencia desleal a las que se refiere el EGAE art.85.e) , la Junta de Gobierno de los Colegios de Abogados, seguirían siendo competentes para declarar como actos u omisiones de competencia desleal las infracciones de las normas éticas contenidas en EGAE art.25 y CDA art.7 y 8 , a tenor de lo previsto en EGAE art.80 y 81 por el conducto del referido art.84.c EGAE .

1968 Siendo de concluir que lo que en realidad viene a hacer el apartado «e» en el EGAE art.85 no es sino la misma función que los apartados «c» primer inciso o «j» del artículo 84 del propio Estatuto. A saber, sancionar como **infracciones graves** todas las infracciones de la obligación ética de leal competencia, tanto las objetivadas por condena o sanción sobre competencia desleal declaradas por órganos competentes en la materia que no sean las juntas de gobierno de los colegios de abogados (juzgados o tribunales civiles y Tribunal de Defensa de la Competencia), sin perjuicio, aparte y además de las que declaren de forma directa las referidas Juntas de Gobierno por los actos contrarios a EGAE art.25 y CDA art.7 y 8 a tenor de lo previsto en EGAE art.80 y 81 . Que no otra cosa es lo que ocurre con las condenas penales que se solapan con las infracciones éticas homónimas de varios tipos de delito, por la vía de los apartados «c», primer inciso, o «j» del EGAE art.84 .

#### f. Rango normativo y principio constitucional de «reserva de ley»

#### 1970 Necesidad de regulación por medio de ley

El primer problema que debe afrontar el debate sobre el Estatuto General de la Abogacía (EGAE) y, en especial, su régimen disciplinario, es el **rango de la norma** que lo apruebe. Las razones acumuladas para que el actual real decreto sea sustituido por norma con rango de ley son de tres órdenes: sistemáticas o de contenidos, jurídicas o de garantías y políticas o de equilibrios institucionales.

Las **razones sistemáticas** o de contenidos se desprenden del evidente y continuado proceso en marcha por el cual, determinadas instituciones jurídicas estatutarias han venido siendo desguazadas selectivamente del EGAE para ser reguladas por normas con rango de ley o de ley orgánica. Así ocurrió con el corazón del **estatuto de la función de la defensa**, como la atribución en exclusiva al abogado del asesoramiento y defensa jurídica y como sus prerrogativas de libertad de expresión, independencia y sigilo, que pasaron a ser recogidas en la LOPJ junto con su propia obligatoriedad de colegiación. Fenómeno que se repitió con el **ejercicio colectivo de la abogacía**, al ser regulado por la Ley de sociedades profesionales. O, finalmente, con la obligatoriedad de la **información pública de las sanciones** impuestas, recién introducida en la Ley de colegios profesionales por la Ley Ómnibus.

1972 Proceso que pone de manifiesto de forma palmaria la trascendencia que ya hoy concede el legislador a las instituciones de la defensa y, al tiempo, que afectando ya al núcleo estatutario la regulación por norma de rango superior al real decreto, necesariamente habrá de afectar a todo el sistema institucional de autorregulación de la abogacía del que resulta inescindible. Lo que nos conduce a las **razones jurídicas** o de garantías, pues si el EGAE ha venido arrastrando un verdadero déficit de rango normativo, éste se centra en sus preceptos éticos y en su régimen disciplinario, normas de carácter punitivo sancionador que de acuerdo con Const art.25 tienen clara **reserva de ley** y que aún, treinta y cinco años después de su entrada en vigor, se mantienen reguladas por real decreto. Déficit que ha tenido que venir siendo cubierto jurisprudencialmente y resulta imprescindible y apremiante solventar.

A las que se suman las **razones políticas** o de equilibrio institucional, que hoy contemplan una Administración de Justicia en la que solo una de sus instituciones capitales, la defensa, sigue regulada estatutariamente por real decreto, mientras el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal lo vienen por Ley orgánica, manteniendo a los ciudadanos y a la abogacía como institución titular de la defensa de sus intereses ante y frente a semejantes poderes públicos, en estado de clara y asfixiante **inferioridad en su respaldo normativo** y en absoluta desventaja ante la resolución de cuantos conflictos se suscitan en su relación institucional y funcional.

#### 1974 Ley orgánica del derecho fundamental de defensa

Razones todas que confluyen en la clamorosa ausencia de una ley orgánica del derecho de defensa que, gran olvidado de desarrollo entre los **derechos fundamentales**, no solo impone remedio perentorio sino la inclusión del EGAE en su articulado, en tanto en su corazón se inserta instrumentalmente la abogacía con sus instituciones y su desarrollo parece jurídicamente imposible sin integrar el propio estatuto de la función de la defensa. Aprobación del EGAE por Ley orgánica, como parte integrante de la que desarrolle el derecho de defensa, que resolvería cumplidamente el debate aquí planteado.

En contra solo se levantan los que opinan que tal rango normativo limita la autorregulación profesional de la abogacía. Lo que niegan la propia norma que actualmente lo regula -que aprueba el Gobierno- y la naturaleza jurídica de la autorregulación, que se concentra en la auto-administración de la competencia disciplinaria y no de la competencia

normativa y que en técnica jurídica se formula como «**autorregulación regulada**», de tal modo que el rango de la norma reguladora no afecta a su naturaleza, en la que está implícita sino, muy por el contrario y como queda razonado, a la fuerza de su imperio.

Nada indica que el próximo EGAE vaya a ser aprobado por ley orgánica, pero las razones expuestas son circunstancias del derecho (Jeremy Waldrom parafraseando a John Rawls).

## 2. Responsabilidad disciplinaria y procedimiento disciplinario

---

1976	a.	Principios generales y LPAC	1978
	b.	Reglamento de procedimiento	1980
	c.	Regulación y trances fundamentales	1984
	d.	Expediente disciplinario	1996
	e.	Observaciones prácticas	2010

### a. Principios generales y LPAC

1978 Los principios generales se extienden en lo fundamental:

1. A las **garantías del procedimiento**, disponiendo que el ejercicio de la potestad sancionadora requerirá un procedimiento reglamentariamente establecido que determinará la separación entre la fase instructora y sancionadora encomendando cada una de ellas a órganos distintos, sin que en ningún caso se pueda imponer una sanción sin que se haya tramitado el procedimiento previamente establecido ( LPAC art.63.1.2 ).

2. A los **derechos del presunto responsable** a ser notificado de los hechos que se le imputen, las infracciones que puedan constituir y las sanciones que se le pudieran imponer; la identidad del Instructor, la autoridad competente para imponerlas y la norma que le atribuya la competencia. A formular alegaciones y a utilizar todos los instrumentos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico que sean procedentes y a todos los derechos reconocidos en el art.35 de la propia ley citada -información, instrucción, acceso, copias, respeto, exigencia de responsabilidades y otros- ( LPAC art.53.2.a y 61.3 ).

3. A sufrir sólo las **medidas provisionales** de aseguramiento de la responsabilidad previstas reglamentariamente y por acuerdo motivado ( LPAC art.56 y 64.2.e ).

4. A la **presunción de inocencia**, quedando vinculado el procedimiento sancionador a los hechos que pudieran declararse probados por resoluciones penales firmes y a la práctica de cuantas pruebas en su descargo puedan alterar a su favor la resolución que pueda dictarse ( LPAC art.53.2.b y 77.4 ).

5. A que se dicte **resolución motivada** resolviendo todas las cuestiones planteadas en el expediente, sin que pueda aceptar hechos distintos de los imputados en el curso del procedimiento, sufriendo su ejecución sólo cuando ponga fin a la vía administrativa y las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva ( LPAC art.84 y 90 ).

### b. Reglamento de procedimiento

1980 La regulación del procedimiento sancionador para la exigencia de la responsabilidad disciplinaria de la abogacía en materia de deontología profesional viene extraordinariamente **diversificado** en sus detalles y relativamente **disperso**, en lo fundamental por la diversificación de sus fuentes con motivo de la remisión de la potestad legislativa en la materia a las **comunidades autónomas** que tengan transferida las competencias en Justicia. Y, aún más, si se tiene presente que en buena parte de las leyes autonómicas de colegios profesionales (p.e. en el caso de Madrid, si bien no lo ha llevado a efecto el colegio de su capital) se remite a sede colegial, como parte integrante de los estatutos colegiales. Si a ello se suma que dichas leyes declaran supletorios para casos de ausencia de regulación colegial, los posibles Reglamentos para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la comunidad autónoma de que se trate existentes, se podrá comprender fácilmente la cantidad de procedimientos sancionadores que pueden estar aplicándose en los ochenta y tres colegios de abogados de España.

1982 Pero todavía no queda reducida la cuestión a lo dicho pues, aparte de los posibles reglamentos de procedimiento sancionador citados, todavía existen normas aplicables para determinados trances procesales (p.e. en el de **ejecución de las sanciones**), del Estatuto General de la Abogacía como norma básica de general aplicación al conjunto de la profesión y, por él, del Reglamento de Procedimiento Sancionador promulgado por el Consejo general de la Abogacía Española para toda la profesión, de carácter básico o supletorio en lo menester, para aquellos trances

cuya tramitación deba ser unificada por ser de interés general o no vengán regulados en otras disposiciones colegiales o autonómicas (ejecución de sanciones).

Y viniendo finalmente a ser de aplicación, como **norma básica y supletoria** de todo el ordenamiento procesal administrativo, la L 39/2015 -LPAC-. Como ocurre con los propios trámites de las ejecuciones y otros (notificaciones o recursos) y como ocurre también y en lo que ha quedado dicho (nº 1978 ), con los principios generales del procedimiento sancionador.

### c. Regulación y trances fundamentales

1984 A pesar de lo que pudiera parecer a la vista de cuanto queda dicho (nº 1980 ), la regulación de los trances fundamentales de la **fase instructora y resolutoria** del procedimiento disciplinario de la abogacía y orillando ahora los recursos y las ejecuciones, está prácticamente uniformado en todos los reglamentos de procedimiento vigentes en la España constitucional de 1978, es decir, lo que podríamos denominar como procedimiento disciplinario en toda su fase declarativa de la responsabilidad, desde la queja o la noticia de los hechos constitutivos de una presunta infracción por cualquier medio, hasta la resolución que le ponga fin adoptando el acuerdo que proceda. Y sería, con ligeras variaciones, el siguiente:

**a)** A la vista de la **queja o noticia de supuesta infracción** y en trámite preliminar de calificación, se podrá realizar el posible trámite de mejora previsto en LPAC art.68 , para subsanar cualquier deficiencia de inadmisibilidad de las señaladas en LPAC art.66 , incluida la absoluta falta de aportación de pruebas de cargo.

**b) Acuerdo inicial** a la vista de la queja o noticia de supuesta infracción y de su posible «mejora», en su caso, archivándola de plano o acordando abrir o incoar, o bien un período de información previa o bien, y de forma directa, un expediente disciplinario propiamente dicho.

1986 **c)** Si es de **archivo directo** tendrá recurso de alzada ante el consejo de colegios de la comunidad autónoma correspondiente o, en su caso, ante el Consejo General de la Abogacía Española.

**d)** Si el acuerdo es de apertura o incoación de **información previa**, no tendrá recurso y seguirá los trámites de ésta que se señalan a continuación. Si no obstante se presenta recurso de alzada se substanciará en pieza separada sin suspender los trámites del procedimiento.

**e)** Si el acuerdo lo es de **incoación de expediente disciplinario**, no tendrá recurso y seguirá los trámites del apartado siguiente (nº 1996 s. ). Si no obstante se presenta recurso de alzada se substanciará en pieza separada sin suspender los trámites del procedimiento.

### 1988 Información previa y audiencia previa. Problemas de indefensión

La tramitación de la información previa es sencilla, siendo su primer trámite la notificación de su **acuerdo de apertura** a todos los interesados, que suspenderá la posible prescripción de la infracción por durante el período de 3 meses ( EGAE art.91.3 ), concediéndose un plazo de 10 días al abogado denunciado para que formule las alegaciones y aporte las pruebas que estime pertinentes. Es lo que en términos doctrinales y de antiguo se viene denominando como trámite de «**audiencia previa**».

Evacuado el mismo, con o sin contestación, se realizarán las **diligencias** que el órgano instructor considere oportunas (petición de informes, alegaciones a los interesados o terceros, testimonios, etc.), pudiendo disponer la realización de los trámites de alegaciones de réplica cruzadas entre los interesados que se considere oportunas, etc.

Realizadas las diligencias dispuestas, se dictará acuerdo que ponga fin a la información previa, si éste es de **archivo**, o diligencia de elevación a la junta de gobierno del colegio por el órgano instructor si encuentra indicios de quebranto ético, para que la misma dicte el acuerdo que proceda, acompañando ponencia de **acuerdo de apertura** de expediente disciplinario, con todos los elementos exigidos para éste señalados reglamentariamente (y que son los que se dirán en nº 1996 s. ). O bien se procederá dictando un **acuerdo mixto de archivo parcial** objetivo o subjetivo de la queja, por los motivos que hubiere articulado para ello y, aparte y además, de elevación a la junta de gobierno del resto de la misma en la que se hubieran encontrado indicios de quebranto ético y señalando concisamente cuáles, para que la propia Junta dicte el acuerdo que proceda, acompañando aparte ponencia de posible acuerdo de apertura de expediente disciplinario, con todos los elementos exigidos para éste señalados reglamentariamente (y que son los que se dirán en nº 1996 s. ).

1990 Los acuerdos referidos **se notificarán a los interesados**, señalando para los de archivo que tienen recurso de alzada ante el consejo de colegios de la comunidad autónoma correspondiente o, en su caso, ante el Consejo General de la Abogacía Española. Y señalando, en su caso y en cuanto corresponda, que el acuerdo de elevación a la Junta de Gobierno para que decida sobre la posible apertura de expediente disciplinario, no tendrá recurso por ser de mero trámite y, si no obstante se presenta recurso de alzada contra el mismo se substanciará en pieza separada sin suspender los trámites del procedimiento.



Siendo finalmente de señalar dos extremos de cierta importancia en relación con el referido trámite de «**audiencia previa**». De un lado y en primer lugar, que constituye un trance procesal decisivo o, al menos, importante, de las actuaciones disciplinarias. Y, de otro y en segundo lugar, que genera **problemas de indefensión** pese a que siempre y en todo caso, el interesado procesal llamado a evacuarlo resulta ser un abogado pues, tratándose de un trance previo a toda imputación y exclusivamente informativo, en el que se invita al abogado objeto de la queja a que pueda aportar su versión frente a la misma, la práctica pone de manifiesto que, con más frecuencia de la que cabría esperar de quienes ejercen la abogacía, dicho trámite de alegaciones no se aborda con la dedicación y cuidado que su enorme trascendencia requiere.

- 1992 La principal deficiencia de que adolece buen número de escritos de alegaciones que se formulan evacuando dicho trámite se reduce, sencillamente, al mero **desconocimiento de las normas deontológicas** sustantivas y adjetivas o, al menos, a un conocimiento ligero y superficial de las mismas, que nos convierte en víctimas, esta vez a nosotros mismos, de nuestra propia negligencia.

La importancia de ese **primer escrito de alegaciones**, viene determinada por que cuanto en él se manifieste va a determinar en gran medida la línea o estrategia de defensa; de modo que si no se determina ésta estudiándola en profundidad desde ese primer instante y se deja para hacerlo sólo en el supuesto de que «se compliquen las cosas» o se llegue a abrir expediente disciplinario propiamente dicho, podemos encontrarnos en la irreversible o delicada situación de que no podamos corregir nuestra posición o tengamos que intentarlo frente a contradicciones insalvables. Por lo que, a la hora de formular nuestro primer escrito de alegaciones en un expediente deontológico, por más que sea en fase informativa (información previa), resultará muy conveniente tener presentes las siguientes observaciones y **recomendaciones**:

- 1994 1. No se trata de un intercambio de puntos de vista con el órgano instructor colegial «que pronto comprenderá la torpeza o impertinencia de nuestro cliente», sino que se trata de un **escrito de defensa** en toda regla, pues la apertura de información previa debe indicarnos que el órgano instructor considera que, *prima facie*, de lo expuesto en la queja y de los documentos acompañados a ella, se desprenden indicios de que determinados hechos requieren una explicación y que, de no darla satisfactoriamente, podrían ser constitutivos de responsabilidad disciplinaria, motivo por el cual no la archivó «a *limine*».
2. Por ello, resulta aconsejable exponer en el mismo con toda extensión, **claridad y precisión** cuanto sea necesario para disipar desde el inicio y de raíz, cualquier duda que pueda arrojar sobre nuestra conducta la queja o los documentos que la acompañen, aportando cuantas pruebas respalden lo que exponamos.
3. Debe abandonarse toda ambigüedad o imprecisión, así como cualquier tentación de eludir problemas o imputaciones realizadas en la queja. Las **respuestas evasivas** ante imputaciones respaldadas por algún principio de prueba, pueden llevar a reforzar ese principio probatorio a la hora de su valoración, pues no son idénticos el silencio que la respuesta evasiva.
4. El **silencio** ante la queja o ante cualquier otro trámite del expediente, es un derecho reconocido en la Constitución y, por tanto, ningún valor probatorio puede otorgársele en virtud de dicho mandato. Pero no se debe olvidar que, para que no se considere respuesta evasiva y, según doctrina constante del Tribunal Supremo en el ámbito punitivo, prevalezca la presunción de inocencia, debe haber una carencia absoluta de pruebas de cargo.
5. No formularlo sin estudiar antes a fondo las **normas deontológicas sustantivas**. Las aplicables a las supuestas faltas que puedan desprenderse de los hechos imputados y todas las demás. Debiendo recordar que la actuación disciplinaria es de oficio y no rogada y que, para imputar cualquier hecho en el expediente disciplinario, la junta de gobierno no queda vinculada por el discurso de la queja si de lo actuado de desprenden hechos o responsabilidades no imputadas en ella de modo que, como ocurre no pocas veces, si defendiéndose de algún hecho imputado, el abogado admite o reconoce su participación en hechos no imputados cuya trascendencia deontológica desconoce, pudiera colocarse confeso ante la correspondiente sanción.
6. No menospreciar la **defensa disciplinaria**. Por lo que resulta recomendable confiarla a un compañero que pueda afrontarla con las debidas frialdad y objetividad.

#### d. Expediente disciplinario

- 1996 De acuerdo con cuanto queda expuesto en nº 1988 s. en relación con los modos en los que puede concluir la información previa o, bien, ante la queja inicial, las juntas de gobierno pueden considerar que existen en los antecedentes que han de tomar en consideración, los indicios o pruebas suficientes de que uno o varios abogados han podido incurrir en una infracción disciplinaria determinada y que ésta no aparece prescrita y, por lo tanto, que procede la apertura de «procedimiento sancionador» o expediente disciplinario propiamente dicho. Momento en el que deberán adoptar el correspondiente **acuerdo de iniciación o incoación**, por propia iniciativa o a «petición razonada» del órgano instructor («ponencia» de posible acuerdo de apertura de expediente disciplinario, con todos los elementos exigidos para éste señalados reglamentariamente) y siempre **de oficio**.

## 1998 Apertura

Los modernos reglamentos de procedimiento disciplinario unen en **un solo acto** lo que en la anterior época preconstitucional y por hasta algún tiempo posterior a la entrada en vigor de la Constitución, constituían dos actos distintos: el acuerdo de apertura propiamente dicho, que adoptaba el órgano sancionador sin más, designando instructor, y el antiguamente denominado «pliego de cargos» o verdadero escrito de «conclusiones provisionales» en su remisión al proceso penal, en el que el instructor designado extendía suficientemente detallados los hechos imputados, las supuestas o posibles infracciones de las que pudieran ser constitutivos y las sanciones que podrían imponerse a su autor o autores. La ventaja del nuevo sistema será el ahorro o **economía de tiempo y trámites**, teniendo en cuenta que, desde la entrada en vigor de la LRJPAC y muy especialmente desde la reforma de la misma operada por la L 4/1999, el plazo de caducidad del expediente disciplinario se estableció con carácter definitivo en 6 meses. La «desventaja» o concesión respecto de las garantías del procedimiento que implica dicho formato, no es otra que implicar al órgano decisorio en las funciones propias del instructor, como son las de **imputación o acusación**, cuya separación radical imponía ya la propia ley referida en su art.134 ya aludido de suerte que, en contra de lo pretendido, le hará aparecer contaminado a la hora de resolver por cuanto el propio órgano decisorio imputara en el acuerdo de incoación, dictado por él mismo. Disminución de garantías que, en lo menester, vienen remediando las juntas de gobierno de los colegios trasladando a su acuerdo de inicio de forma expresa y sin más pronunciamiento en cuanto a su contenido, la «ponencia» al respecto que le traslada el órgano instructor a la conclusión de la fase de información previa y que sería de desear se extendiera igualmente en los supuestos de apertura de expediente disciplinario directo y a la mera vista de la queja, en su caso.

2000 Suelen coincidir todos los reglamentos de procedimiento disciplinario en que el acuerdo de apertura o incoación del expediente disciplinario debe tener el siguiente **contenido mínimo**:

- a) Identidad del instructor y, en su caso del secretario.
- b) Identificación de los presuntos responsables.
- c) Hechos que se les imputen.
- d) Las infracciones que tales hechos pudieran constituir.
- e) Sanciones que se les pudieran imponer.
- f) Autoridad competente para la resolución del expediente y norma que se la atribuya.
- g) Indicación expresa del derecho de los interesados a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y plazos para su ejercicio.
- h) Medidas de carácter provisional que puedan adoptarse.

2002 Dicho acuerdo se comunicará al instructor y al secretario y se notificará a los interesados para que formulen **alegaciones** por el plazo de 15 días, aportando los documentos que estimen oportunos y proponiendo las pruebas que consideren necesarias para su defensa, con la advertencia de que, en caso de no efectuar alegaciones, dicho acuerdo podría ser considerado propuesta de resolución. En la fecha del acuerdo se iniciará el **cómputo del plazo de caducidad** del expediente por 6 meses.

La **instrucción** del expediente para la determinación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución se realizará de oficio, pudiendo los interesados presentar alegaciones y documentos en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución.

## 2004 Prueba

Superado el plazo de alegaciones frente al acuerdo de apertura, presentadas éstas o no, el instructor acordará las que hayan de practicarse de las **propuestas o de oficio**, necesarias para la resolución del expediente, de acuerdo con lo establecido en LPAC art.77, pudiendo declarar improcedentes de forma motivada exclusivamente aquellas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.

Cuando consistan en **informes preceptivos** causarán los efectos prevenidos en LPAC art.80.3 (suspensión de plazos, LPAC art.21).

## 2006 Propuesta de resolución

La formulará el instructor concluida la instrucción y vendrá a constituir algo así como el escrito de «calificaciones definitivas» de su procedimiento penal homólogo y, en ella, fijando de forma conclusa los elementos señalados como mínimos en el acuerdo de apertura (nº 2000), propondrá la **sanción** a imponer o el **sobreseimiento** del procedimiento, con el pronunciamiento que corresponda sobre las posibles medidas provisionales adoptadas.

La propuesta se notificará a los interesados por quince días para **alegaciones** y presentación de documentos poniéndoles de manifiesto el expediente, a cuyo término se elevará al órgano resolutorio competente.

## 2008 Resolución y su entorno previo

Si, recibido el expediente para dictar resolución que le ponga fin, el órgano competente entiende necesario realizar **actuaciones complementarias** al efecto, lo acordará motivadamente notificándolo a los interesados para alegaciones por 15 días, practicándolas por otros 15 durante los que quedará en suspenso el plazo para resolver, haciéndolo a su término.

La resolución del expediente será **motivada** y resolverá todas las cuestiones planteadas u otras derivadas y conexas, con disposición de las medidas cautelares precisas para su eficacia y no podrá aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, concediendo en su caso y previamente al interesado 10 días para **alegaciones** si entendiera procedente imponer una sanción superior a la propuesta por el Instructor.

Se **notificará** a los interesados y, en su caso al denunciante o comunicador de los hechos dentro del plazo de caducidad.

Si el expediente caducare **podrá reiniciarse** si las supuestas infracciones que lo hubieran originado no hubieran prescrito (jurisprudencia sobre LRJPAC art.92 , actual LPAC art.95 ).

Tendrá **recurso de alzada** ante el Consejo de colegios autonómico o ante el Consejo General de la Abogacía Española en las comunidades autónomas que carezcan de autonómico, por el plazo de un mes y, posteriormente y la que resuelva la alzada, ante el juez de lo contencioso-administrativo. El régimen de la alzada será el establecido para el mismo en la LPAC y el jurisdiccional el de la ley de la jurisdicción.

### e. Observaciones prácticas

2010 Son de señalar las siguientes:

1. Todas las señaladas, en lo menester, en nº 1994 s.
2. Conviene al abogado objeto de una queja deontológica en sede colegial, subsanar de inmediato las posibles infracciones éticas que pudieran constituir los hechos de la misma, pues resulta doctrina constante de la junta de gobierno de muchos colegios que la misma constituye causa extintiva de la responsabilidad disciplinaria. Nos estamos refiriendo a las supuestas **infracciones subsanables**, como la rendición de cuentas, la devolución de documentos, etc.
3. En el supuesto de proceder a la subsanación, resulta conveniente realizar todas las actuaciones que requiera de **forma rápida y concluyente**, evitando al órgano instructor implicarse en las mismas en lo menester y solicitando en el mismo la información necesaria para ello, en evitación de su ineficacia y de la continuación innecesaria de las actuaciones y sus riesgos.
4. Resulta aconsejable con el mismo propósito subsanador, intentar recomponer la **relación con el denunciante** directamente, remediando las causas de su queja en orden a su desistimiento expreso.
5. Con la misma finalidad y si dicha relación resulta dificultosa, resulta aconsejable acudir a los órganos de **mediación colegial**.
6. Abierto un expediente disciplinario y en su curso, resulta más que aconsejable al abogado al que afecte solicitar y evacuar **entrevista con su instructor** con anterioridad a que pudiera formular la propuesta de resolución, para evacuar con inmediatez ante el mismo las alegaciones y justificaciones que pudieren asistirle en su defensa, por su decidida eficacia instructora y aclaratoria, no sólo en orden a la resolución del expediente, sino a la posible subsanación de sus supuestos contenidos infractores.
7. **Diligencia preventiva.** Debe el abogado ejerciente tomar conciencia cabal de su responsabilidad ética y disciplinaria, estudiando la materia y muy especialmente las normas deontológicas, realizando posibles cursos formativos sobre la misma y, en los frecuentes supuestos de duda que se le puedan presentar en el ejercicio cotidiano de la profesión, formular ante su colegio las **consultas necesarias antes de actuar**, para evitar incurrir en errores o en posibles infracciones insubsanables.

## D. Seguro de responsabilidad civil

2050	1. Obligatoriedad del aseguramiento	2052
	2. Contenido del seguro	2056
	3. Alcance de la cobertura. Póliza	2090

## 1. Obligatoriedad del aseguramiento

---

### 2052 Sociedades profesionales

(L 2/2007 art.11.3)

Existe obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional. La sociedad profesional únicamente puede ejercer la actividad profesional constitutiva de su objeto social a través de personas colegiadas en el colegio profesional correspondiente para el ejercicio de la misma. Se entiende que hay **ejercicio en común** de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma son ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le son atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales ( L 2/2007 art.5.2 ). ( AP Barcelona 16-12-14,EDJ 281897 ; AP Valencia 10-7-09, EDJ 238648 ; TS 24-4-15, EDJ 65036 ). La sentencia AP Barcelona 7-3-08, EDJ 50683 , reconoce dentro de la cobertura de un seguro de una sociedad profesional la obligación de responder de las consecuencias de un siniestro de responsabilidad civil profesional establecido en un procedimiento arbitral.

### 2054 Ejercientes por cuenta propia

Existe una previsión legal -el Estatuto General de la Abogacía -recoge que puede establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio ( EGAE art.21 )-, pero **no es requisito imprescindible** para el ejercicio por cuenta propia. El Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002 (CDA nº 9520 ), establece que el abogado deberá tener cubierta su responsabilidad civil profesional «con **medios propios** o con el recomendable aseguramiento», salvo que ejerza en otro país, en cuyo caso habrá de estarse a la normativa del Estado extranjero. El Código Deontológico del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea, 28-10-88 (CDAUE) nº 9530 ) modificado en las sesiones plenarios de 28-11-98, 6-12-02 y 19-5-06, señala que los abogados deberán tener un seguro de responsabilidad civil profesional por una **cuantía razonable**, habida cuenta de la naturaleza y del alcance de los riesgos en los que puedan incurrir en el desempeño de su actividad.

## 2. Contenido del seguro de responsabilidad civil

---

### 2056 Objeto del contrato

(LCS art.73)

El pago de indemnizaciones pecuniarias de las que pudiese resultar civilmente responsable el abogado, por los **daños patrimoniales** que sufran sus clientes o terceros, derivados de **errores profesionales** en los que pudiese incurrir en el ejercicio de la abogacía (responsabilidad civil por pérdida de oportunidad-, -nº 1714 s. -, y responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de la obligación de información, -nº 1738 s. -).

En el objeto del seguro de responsabilidad civil profesional individual del abogado es posible incluir las reclamaciones hechas contra **sociedades profesionales** constituidas al amparo de la L 2/2007, aunque en ocasiones por las compañías de seguros se condiciona a que la reclamación tenga su origen en un error profesional cometido por el abogado asegurado, y siempre y cuando éste se encuentre integrado en la sociedad (obligatoriedad de aseguramiento de sociedades profesionales, nº 2052 ).

Es posible cubrir también expresamente los daños materiales por la **pérdida o extravío de expedientes** o documentos de clientes o terceros, que se encuentren en poder del asegurado para el desarrollo de las gestiones encomendadas.

### 2058 Efectos de los trámites iniciales a la suscripción: la solicitud y proposición de seguro

(LCS art.6 a 8 )

La **solicitud de seguro** no se califica como una propuesta en sentido técnico, y por tanto no vincula al solicitante ( LCS art.8 . El **contenido** de la solicitud viene limitado a exponer los datos personales del solicitante, y el tiempo de duración por el que pretende concertar el seguro ( TS 28-2-08, EDJ 111564 ; 12-11-04, EDJ 174128 ; 19-12-03, EDJ 186211 ).

La **proposición de seguro** que realiza la compañía sí vincula durante un plazo de 15 días, cuando ha sido debidamente formalizada y contiene los datos esenciales del contrato ( LCS art.6 ). «*Es un verdadero documento de cobertura provisional, y garantiza la protección del riesgo en el mismo momento sin esperar a que transcurra el plazo necesario para extender la póliza; sin que exista ningún precepto que obligue al abono anticipado de la prima,*

pues dicha obligación surge una vez emitida y firmada la correspondiente póliza y emitido el correspondiente recibo de prima» ( TS 4-9-08, EDJ 166717 ; 15-6-09, EDJ 128052 ).

#### 2060 Cuestionario de seguro

El tomador/asegurado tiene el deber de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todos los antecedentes por él conocidos que puedan influir en la valoración del riesgo ( LCS art.10 ; AP Alicante 22-12-04, EDJ 298804 ; TS 17-2-16, EDJ 9664 ). El cuestionario se refiere a la **valoración del riesgo** y no a la propia existencia o inexistencia de éste, ni al siniestro ya acaecido; a lo que cabe añadir que una cosa es asegurar la responsabilidad civil y otra muy distinta desplazar conscientemente sobre el asegurador, a voluntad del tomador, una parte del coste cierto de obligaciones ya nacidas antes de celebrar el contrato ( TS 14-6-02, EDJ 22233 ). La Ley de Contratos de Seguro impone el deber de **respuesta veraz** antes de concluir el contrato, y previene que de infringirse el deber precontractual sin mediar culpa grave o dolo del tomador y aconteciese el siniestro antes de haberse hecho la declaración de rescisión del contrato, la prestación se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo ( TS 16-3-16, EDJ 26606 ; 26-10-98, EDJ 25092 ).

#### 2062 Obligaciones del asegurado y consecuencias del incumplimiento

(LCS art.10 a 17 )

Pago de la prima, notificación del siniestro, información sobre las circunstancias, declarar agravación/minoración del riesgo, aminoración de las consecuencias, no asumir responsabilidad.

#### 2064 Pago de la prima

(LCS art.14 y 15 )

Es la obligación principal del tomador, que debe cumplir de todos modos. El **fraccionamiento de los pagos** no afecta a su duración, en este caso anual, por cuanto dicho periodo es el tenido en cuenta para calcular el coste de la prima, y si se fracciona es para mayor comodidad o facilidad del asegurado, de manera que en caso de impago de la prima periódica o de la primera fraccionada, es de aplicación la LCS art.15.2 , caducando el derecho de la aseguradora a reclamar la prima insatisfecha transcurridos 6 meses desde su vencimiento ( TS 9-12-15, EDJ 244052 ; 10-9-15, EDJ 160225 ; AP Murcia 24-10-11, EDJ 268116 ). Lógicamente, el **siniestro** acaecido con posterioridad a la extinción del contrato **no** está **cubierto** por el contrato de seguro y, en consecuencia, el asegurador no sólo no responderá de la indemnización frente al asegurado, sino que tampoco lo hace frente al tercero que pretenda ejercitar una acción directa ( TS 30-6-15, EDJ 116800 ).

La **falta de pago de la primera cuota** en una prima fraccionada conlleva la extinción del contrato de seguro transcurridos 6 meses desde el impago, siendo oponible por el asegurador frente al tercero-perjudicado. El Tribunal Supremo ha analizado los diversos **supuestos de impago de prima fraccionada** y sus consecuencias en la sentencia TS 9-12-15, EDJ 244052 .

#### 2066 Deber de información

(LCS art.10)

No se establecen de una forma general y abstracta los **límites** del deber del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas, y que puedan influir en la valoración del riesgo, en su lugar acota este deber limitándolo a la contestación del cuestionario que le somete el asegurador. Aparece así, un deber de responder a un cuestionario que se circunscribe al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro. El **deber de declaración** se infringe cuando el riesgo que ha sido descrito y que se ha tenido en cuenta a la hora de la conclusión del contrato es diverso del riesgo real. Esta **infracción** resulta de un hecho objetivo, cual es esa diferenciación entre la situación representada y la real ( TS 5-11-93, EDJ 10684 ). Dentro del deber de información se incluye el deber de comunicación impuesto al asegurador, que no puede sino entenderse como expresión del legislador de asegurar el conocimiento por el asegurado del conflicto para **garantizar su adecuada defensa**, sin que pueda quedar al arbitrio del asegurador el cumplimiento de la prestación ( AP Ourense 30-12-10, EDJ 323648 ).

#### 2068 Notificación del siniestro

(LCS art.16)

La infracción del deber del asegurado de comunicar el siniestro al asegurador, concede al asegurador la posibilidad de reclamar **daños y perjuicios**, y en caso de dolo o culpa grave exime a la aseguradora de abonar la indemnización. La jurisprudencia tiene declarado que la sanción prevista en este artículo tiene un **sentido claramente restrictivo**, tanto a la hora de valorar si ha habido dolo o culpa grave, como al estimar si se ha producido o no una verdadera violación del deber de información ( TS 31-1-92, EDJ 808 ; 24-11-93, EDJ 10623 , entre otras). La sentencia AP Ciudad Real 7-11-05, EDJ 292394 , estima la pérdida de indemnización puesto que lo único que la demandante remitió a

la demandada, pese a los continuos requerimientos -al menos en dos ocasiones-, fue una copia de la sentencia y del informe médico que ella aporta.

La sentencia de referencia analiza la **diferencia entre el deber de comunicación del siniestro y el de información** sobre las circunstancias, declarando que procede exonerar al asegurador de la prestación al no haberse informado a la aseguradora de un procedimiento judicial de responsabilidad civil profesional del asegurado, produciéndole indefensión por culpa grave ( TS 20-4-16, EDJ 44804 ).

#### 2069 Deber de colaboración

(LCS art.16.3)

La Ley establece la obligación del asegurado de proporcionar a la aseguradora toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, con un régimen jurídico y unas consecuencias diferentes a las contempladas en el párrafo primero del mismo artículo. Es una obligación que va más allá de la comunicación del hecho generador del daño asegurado, y que viene también impuesto por el deber de colaboración que exige el **principio de buena fe contractual**. El incumplimiento del deber de información resulta especialmente grave en seguros de responsabilidad civil por sus específicas características en orden a la valoración por la aseguradora para una correcta asunción y liquidación del siniestro con cargo al seguro ( TS 20-4-16, EDJ 44804 ).

#### 2070 Deber de comunicar la agravación del riesgo

(LCS art.11 y 12 )

Hay agravación del riesgo cuando se produce un **cambio en el estado del riesgo** después de la conclusión del contrato, originado por un aumento de su probabilidad o de su intensidad, debido a un hecho nuevo, no previsto ni previsible, relevante e influyente, que de haber existido al tiempo de concertarse el contrato hubiera incidido para que no se formalizara en las mismas condiciones.

#### 2072 Deber de comunicar la disminución del riesgo

(LCS art.13)

Lo que se contempla es la adecuación del importe de la **prima futura** a la realidad del riesgo cubierto cuando con posterioridad a la firma del contrato se conociesen circunstancias que lo aminoraban.

#### 2074 Deber de aminoración de las consecuencias

(LCS art.17)

El Tribunal Supremo realiza una **interpretación extensiva** en relación a quienes pueden integrar ese conjunto de actos encaminados a aminorar las consecuencias del siniestro, afirma que tanto «los mandatarios, representantes, servidores, etc. deben emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro» ( TS 1-10-94, EDJ 7976 ).

#### 2076 Prohibición de transigir, asumir responsabilidad ni abonar la indemnización sin autorización del asegurador

Esta cláusula ha de entenderse desde el punto de vista de que el asegurado **no realice pago de la indemnización**, que presupone el reconocimiento de la responsabilidad cuando corresponde al asegurador la defensa, ni que reconozca **responsabilidad** sin acordarlo con el asegurador puesto que limita las posibilidades de defensa a éste último. Ahora bien, esta cláusula tiene su límite en que no se puede exigir al asegurado incurrir en mala fe o en un ilícito, obviamente, los hechos que resulten ciertos pueden ser reconocidos por el asegurado ( AP Sta. Cruz de Tenerife 29-3-07, EDJ 66688 ; AP Murcia 26-7-12, EDJ 205893 ).

#### 2078 Obligaciones del asegurador

(LCS art.5 y 18 a 20 )

Pago de la indemnización e indemnización por mora.

**1. Pago de la indemnización** ( LCS art.18 ). La principal obligación del asegurador es la de indemnizar el daño producido por el siniestro una vez verificado el mismo, y siempre y cuando se encuentre dentro de los límites pactados en el contrato de seguro

**2. Interés por mora** ( LCS art.20 ). El interés al del legal del dinero incrementado en el 50%, salvo que transcurran más de 2 años en cuyo caso será obligado acudir al párrafo segundo: transcurridos 2 años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%. La correcta interpretación de la regla comentada implica entender que este párrafo segundo condiciona el interés dispuesto en el párrafo primero, de forma que no será inferior al 20% en ningún caso en el que hayan transcurrido 2 años desde la producción del siniestro sin que se haya hecho efectivo el pago ( AP Cádiz 24-3-00, EDJ 23244 ; TS 1-3-07, EDJ 15277 ).

El **inicio del cómputo del plazo** quedará determinado por el momento en que se considere que se ha iniciado la mora, lo cual, en responsabilidad civil, no tiene porqué coincidir con el momento de ocurrencia del siniestro, pudiendo existir justa causa de oposición por la aseguradora para el pago de la indemnización, dudas fundadas sobre la cobertura, demora en la reclamación del siniestro por parte del damnificado ( TS 18-5-09, EDJ 112076 ; 12-6-13, EDJ 120789 ).

#### 2080 Plazo de prescripción de acciones derivadas del contrato de seguro (LCS art.23)

La Ley establece un **plazo** prescriptivo de dos años para el ejercicio de las acciones que se deriven del seguro de daños. No resulta admisible decir que la acción ejercitada no tiene su amparo en el contrato de seguros, sino en el recibo finiquito ( TS 8-10-93, EDJ 8838 ). El «**dies a quo**» de la prescripción en el caso de reclamación del asegurado al seguro de daños por el pago hecho de una indemnización a un tercero perjudicado por un hecho asegurado, empieza no cuando se causó el daño, sino cuando la responsabilidad del asegurado que reclama de su aseguradora sea reconocida y declarada ( AP Madrid 21-9-04, EDJ 231170 ; AP León 17-10-02, EDJ 88985 ). El **día inicial** para el cómputo del plazo de prescripción de 2 años, para el seguro de daños respecto de la reclamación del asegurado a su aseguradora, en los casos en que haya existido reclamación judicial, es el de la notificación de la resolución que determina la firmeza de la sentencia condenatoria, pues desde ese momento puede ejercitarse la acción de modo efectivo y con pleno conocimiento del alcance de la obligación de indemnizar ( TS 17-3-16, EDJ 29541 ).

#### 2082 Concurrencia de seguros (LCS art.32)

Por concurrencia de aseguradoras se entiende la existencia de varios contratos de **seguros independientes** entre sí, pero sobre un mismo **interés, riesgo y tiempo**. En este caso, los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores ( TS 3-1-08, EDJ 1752 ; 8-4-10, EDJ 31645 ).

#### 2084 Acción directa (LCS art.76)

La acción por responsabilidad profesional del abogado se puede dirigir contra el propio profesional, su compañía de seguros, o en acción directa únicamente contra la **compañía de seguros**. La acción directa permite al perjudicado reclamar directamente contra la compañía aseguradora, sin que ésta pueda oponer las excepciones que tenga frente a su asegurado y sin perjuicio de que pueda repetir contra éste si estima que concurren los requisitos legales ( TS 17-4-15, EDJ 51592 ; 30-7-07, EDJ 144073 ).

#### 2086 Póliza de adhesión

En la póliza de adhesión -práctica habitual en colegios de abogados- el asegurado se adhiere a las **condiciones generales y particulares** prestables por el asegurador. Las condiciones son redactadas previamente e impuestas por la aseguradora. El contrato de adhesión ha de ser interpretado en el sentido más favorable para el asegurado (TS 18-10-07, EDJ 184367 ; 3-10-94, EDJ 8016 ).

#### 2088 Póliza de gran riesgo (CC art.1255; LCS art.107.2)

En un seguro de gran riesgo las partes tienen libre **elección de la Ley aplicable**, no rigiendo lo dispuesto en LCS art.2 por la exclusión que de ello hace la LCS art.44.2 . Las normas que rigen el contrato de seguro de gran riesgo suscrito entre las partes son las contenidas en la póliza, que recurre a la aplicación con carácter supletorio de la Ley de contratos de seguros. Es de aplicación, por tanto, antes de la LCS, lo pactado de **mutuo acuerdo** en la póliza de seguro, y en condiciones generales, particulares o especiales. ( TS 3-3-14, EDJ 48075 ; AP Madrid 25-1-05, EDJ 20834 ).

### 3. Alcance de la cobertura. Póliza

---

- 2090 - partes del contrato (nº 2092 );
- responsabilidad civil amparada en el contrato de seguro (nº 2094 ).

#### 2092 Partes del contrato (LCS art.7)

Son partes del contrato los siguientes sujetos:

**a) Tomador:** persona (física o jurídica) que suscribe la póliza y abona la prima. Puede coincidir con el asegurado o no.

**b) Asegurado:** el titular del interés garantizado. Tiene carácter de asegurado:

El **abogado** que suscribe a título particular la póliza para la cobertura de la responsabilidad civil que pudiera derivar del ejercicio de la profesión, aunque puede contratarlo por su cuenta lo habitual es que se **adhiera al contrato** negociado por el colegio de abogados al que pertenezca.

La **persona jurídica** (sociedades de abogados y despachos profesionales) que suscribe una póliza para asegurar su responsabilidad civil directa y la subsidiaria que le fuera imputable por el ejercicio de la profesión de sus dependientes (abogados que trabajan por cuenta ajena para el tomador e incluso de un Licenciado en Derecho que antes de colegiarse esté realizando **prácticas** en el despacho profesional siempre que la actividad que de lugar a la reclamación haya sido supervisada por un abogado asegurado por el contrato). Dicha póliza puede también dar cobertura a la responsabilidad civil propia de los abogados que estén **integrados en el despacho o sociedad** en cualquiera de las formas admitidas en derecho y demás **personal dependiente** (personal de administración, etc.), quienes en tal caso tendrán la condición de asegurados.

**c) Tercero:** cualquier persona física o jurídica distinta del tomador y del asegurado que acredite haber sufrido **perjuicios o daños** como consecuencia de la actividad profesional del asegurado. Tendrán la condición de terceros los asegurados respecto de la responsabilidad civil patronal o por accidente de trabajo.

#### 2094 Responsabilidad civil amparada en el contrato de seguro (LCS art.73)

Profesional (nº 2096 s. ), explotación o locativa (nº 2100 ) y patronal o por accidente de trabajo (nº 2102 ).

#### 2096 Profesional

Es la cobertura primordial del aseguramiento del abogado, la protección de su patrimonio frente a los eventuales daños y perjuicios que en el **desarrollo de su profesión** pueda ocasionar el abogado ( CC art.1902 ) o sus dependientes ( CC art.1903 ), por acción u omisión, mediando culpa o negligencia, a un tercero.

Como se desprende de la definición anterior, no todo supuesto de responsabilidad civil profesional del abogado es asegurable, puesto que el aseguramiento de la responsabilidad civil **queda limitado** por lo dispuesto en la LCS y en el propio contrato. En este punto, resulta inevitable una remisión al tenor literal de la regulación legal del seguro de responsabilidad civil: «Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho» ( LCS art.73, párrafo 1º ).

Sin perjuicio del alcance la cobertura que establezca el propio contrato (nº 2116 s. ), la propia LCS impone una serie de **requisitos** para la validez de cualquier contrato de seguro que también son aplicables al seguro de responsabilidad civil, sin las cuales, no sería posible el aseguramiento:

- la **onerosidad** (el pago de la prima para que tenga efecto el contrato - LCS art.1 y 14 - sin perjuicio de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance del impago de las primas sucesivas, LCS art.15- );
- la reciprocidad de la **información** (declaración veraz por el tomador/asegurado del riesgo que se quiere asegurar - LCS art.10 -, del agravamiento del riesgo una vez celebrado el contrato - LCS art.11 -);
- la reciprocidad entre el **riesgo** declarado por el tomador/asegurado para ser objeto de cobertura y el **cálculo de la prima** por el asegurador ( LCS art.12 y 13 ); y
- el más importante de todos, la **aleatoriedad** (*aleas*): El riesgo objeto de aseguramiento ha de ser posible, incierto, futuro y cuantificable económicamente.

2098 Si nos encontramos ante un caso de responsabilidad civil del abogado en el que no concurren estos requisitos no existirá póliza de seguro en relación con dicho siniestro, como por ejemplo ocurre con los siniestros de los que tiene conocimiento el asegurado **con anterioridad a la suscripción del contrato** de seguro ( LCS art.4 ; TS 1-12-06, EDJ 319063 ) o con los daños derivados de **actuaciones dolosas o intencionadas** por parte del asegurado ( LCS art.19 -profusamente analizadas las excepciones sobre inoponibilidad al perjudicado en pólizas de responsabilidad civil en AP Madrid 15-11-11, EDJ 294447 ). Lógicamente no son asegurables las consecuencias dañosas para terceros de actos del asegurado realizados con mala fe en el propio beneficio del abogado y no de su cliente o con la intención de perjudicar al tercero, como sería la responsabilidad civil derivada de la revelación de información facilitada por el cliente sujeta al deber de **secreto profesional**, o bien, si en lugar de realizar las gestiones precisas para que el cliente cambie de abogado se omite de forma voluntaria la **presentación de un escrito** en un procedimiento judicial por desavenencias con el cliente (económicas, de enfoque, etc.).



## 2100 Explotación o locativa

Los daños producidos a terceros por el uso de las **instalaciones** (muebles e inmuebles) del asegurado para el desarrollo de su actividad. Da cobertura a la responsabilidad del CC art.1902 (asegurado) y del CC art.1903 (dependientes).

## 2102 Patronal o por accidente de trabajo

La responsabilidad que como empleador pudiera corresponder al tomador o al asegurado en caso de accidente de trabajo de sus **dependientes** (en su más amplia acepción: abogados en relación laboral de dependencia con el asegurado, personal de administración, etc.). Es necesario que hayan sido declarados por el tomador como asegurados.

Esta cobertura se circunscribe a amparar aquellos daños y perjuicios causados a los trabajadores que tengan la calificación de **accidente de trabajo** de acuerdo con la normativa vigente ( LGSS art.156 ). No queda amparada por esta cobertura la responsabilidad por **enfermedad profesional** ( LGSS art.157 ), la cual, está exenta de aseguramiento por este tipo de pólizas, teniendo su sistema resarcitorio establecido legalmente en RD 1299/2006 , por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. Lógicamente, tampoco está cubierta la responsabilidad civil por enfermedad no profesional.

La práctica aseguradora no es ajena a esta **triple vertiente** de la responsabilidad de la actividad del abogado y, junto con la cobertura que constituye la esencia del seguro de responsabilidad civil (proteger el patrimonio del abogado para el caso de que haya provocado daño o perjuicio a un cliente del que deba responder civilmente), se oferta en las denominadas de forma genérica «**pólizas de responsabilidad civil**», la cobertura de la responsabilidad civil de explotación y patronal. De esta forma, mediante un único instrumento se están suscribiendo tres seguros que dan cobertura al elenco de riesgos reales a los que se enfrenta el abogado.

## 2104 Reclamación y posibilidad de reclamación. Cláusula de unidad de siniestro

Determina el momento en el que entrarán en juego las **garantías de la póliza** (previamente puede haberse producido el siniestro, el hecho causante de la responsabilidad civil objeto de reclamación, pero sin requerimiento para el pago o reparación del daño por parte del tercero/perjudicado, no se activa el seguro).

## 2106 Definición

Las pólizas definen reclamación en un **sentido amplio**, tratando de abarcar todos los supuestos mediante los cuales el perjudicado requiera el resarcimiento (por ejemplo, procedimiento judicial o administrativo o un requerimiento formal y por escrito, formulado contra el asegurado o contra la compañía aseguradora, derivado de un siniestro amparado por el contrato), incluso muchas pólizas contemplan la cobertura en casos de notificación preventiva por el asegurado de hechos que probablemente generen responsabilidad civil (caducidad de un trámite procesal, etc.).

## 2108 Unidad de siniestro

Constituirán un único siniestro las reclamaciones y daños derivados de unos **mismos hechos** con independencia del número de reclamantes y perjudicados ( AP Madrid 3-6-11, EDJ 222684 ).

## 2110 Efectos de la cláusula de unidad de siniestro

a) **Límites indemnizatorios** del contrato (nº 2126 s. ): Al considerar que todas las reclamaciones por daños originados por un mismo hecho constituyen un único siniestro operará el tope indemnizatorio por siniestro que se haya estipulado en la póliza, no así el límite anual o agregado.

b) **Póliza aplicable**: el siniestro tendrá cobertura por la póliza que ampare la primera de las reclamaciones formuladas, no así por las posteriores, puesto que a todos los efectos el siniestro habría ocurrido y habría sido reclamado por primera vez con anterioridad a la entrada en vigor de las mismas (*aleas-nulidad*, LCS art.4 ).

## 2112 Ámbito temporal de cobertura. Criterios de ocurrencia y reclamación

La delimitación temporal de cobertura se lleva a cabo mediante tres criterios:

a) **Ocurrencia**. Cubre los eventos dañosos ocurridos en vigencia del contrato.

b) **Reclamación** (*Claims made*). Cubre reclamaciones formuladas por primera vez en vigencia del contrato, aunque por eventos lesivos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la póliza.

c) **Materialización del daño**. Cubre los daños materializados en vigencia.

Por la complejidad inherente a la delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil, puesto que entre la ocurrencia del evento lesivo y la formulación de reclamación puede transcurrir un periodo temporal de varios años, así como, por la limitación del derecho que supone para el asegurado que se establezca una fecha tope de recepción de reclamaciones por el asegurador ( TS 20-3-91, EDJ 3016 ; 23-4-92, EDJ 3945 ; 15-6-95, EDJ 3627 ; y referida

a póliza de responsabilidad civil de abogados la sentencia TS 28-1-98, EDJ 322 ), se ha normalizado la aplicación de un **sistema mixto**: ocurrencia y reclamación.

2114 La Ley de Contrato de Seguro ( LCS art.73, párrafo 2ª ) permite:

**a)** Que en los casos de cobertura de hechos ocurridos en vigencia del contrato (criterio de ocurrencia) se limite la cobertura a las **reclamaciones formuladas en vigencia** y, al menos, los 12 meses siguientes desde la terminación (denominado «periodo de notificación posterior» o «periodo de descubrimiento»);

**b)** Que en los casos de **cobertura retroactiva**, al menos un año antes de la entrada en vigor del contrato, se limite la cobertura a las reclamaciones formuladas en vigencia (criterio de reclamación o *claims made*).

No obstante, en el ramo del seguro de responsabilidad civil hay una tendencia creciente a la comercialización de **pólizas «claims made»** puras, es decir, que cubren las reclamaciones formuladas exclusivamente en vigencia de la póliza por hechos en vigencia y/o durante la retroactividad que se acuerde, lo cual no suele suponer en la práctica un problema o perjuicio para el asegurado, puesto que los periodos de retroactividad contemplados son muy amplios (ejemplo: Póliza ICAM 2012 retroactividad hasta 1993), incluso ilimitados, no produciéndose situaciones de descubierto o falta de cobertura.

#### Precisiones

Por la **litigiosidad** que genera el criterio de reclamación o *claims made*, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia en la que se concreta que la LCS art.73.2º se aplica como se ha expuesto ( TS 26-4-18, EDJ 54948 ).

2116 **Perjuicios indemnizables**

En el seguro de responsabilidad civil profesional del abogado, el daño o perjuicio que habitualmente se reclama por el tercero es un **perjuicio económico** y/o un **daño moral** (derivado de la pérdida de expectativa del cliente de reconocimiento del derecho cuya defensa había encomendado al abogado ( TS 28-6-12, EDJ 201030 ), del perjuicio causado por revelación de secreto profesional o, en ocasiones, un **daño material** por extravío o deterioro de documentos encomendados por el cliente al abogado.

2118 **Daño corporal o perjuicio físico (lesión corporal o muerte a las personas)**

Se cubren en relación con la **responsabilidad civil de explotación y patronal**. Obviamente no están amparados por el contrato en responsabilidad civil profesional, puesto que no cabe causar daño físico al tercero en el ejercicio de la actividad profesional del abogado.

2120 **Daño material**

Estarán amparados en el contrato en relación con los daños que puedan sufrir los documentos que el cliente haya confiado al abogado (deterioro, pérdida, destrucción o menoscabo, de cosas o animales). Esta tipología de daños no ampara el dinero, cheques, pagarés, valores. No gozarán de cobertura en la póliza en relación con la responsabilidad civil patronal, sí en relación con la **responsabilidad civil de explotación** por daños a bienes materiales de terceros.

2122 **Perjuicio económico o perjuicio patrimonial (pérdida económica)**

Los daños y perjuicios derivados para el cliente o un tercero de una incorrecta actuación del abogado son principalmente patrimoniales, es el daño que se quiere cubrir mediante la suscripción de un seguro de **responsabilidad civil profesional** del abogado, por lo que siempre ha de ser objeto de cobertura.

2124 **Daño moral (dolor, desazón, angustia o zozobra)**

(TS 22-2-01, EDJ 2025; 9-12-03, EDJ 174006)

En la práctica aseguradora de la responsabilidad civil del abogado sólo se cubre el daño moral que tenga trascendencia en la **esfera patrimonial** del cliente o del tercero, pero no quedarán garantizados en la póliza los daños morales autónomos. Aunque en la mayoría de los casos en que los juzgados y tribunales declaran la responsabilidad del abogado se acuerda indemnizar un daño moral al cliente (derivado de la pérdida de expectativa de que prospere su acción) se tratará de un **daño moral cubierto por la póliza**, puesto que de haber prosperado la acción habría ingresado en el patrimonio del perjudicado, según el tipo de acción que se haya visto frustrada por el error del abogado (declarativa, reclamación de daños y perjuicios, etc.) un derecho, una indemnización, etc (TS 9-3-11).

2126 **Límites indemnizatorios**

(LCS art.27)

Durante la vigencia del contrato, sub-límites, franquicia.

- **anual o agregado.** En todas las pólizas de responsabilidad civil se delimita la cobertura de forma cuantitativa, estableciendo las cantidades máximas que el asegurador abonará en concepto de indemnización por todas las reclamaciones imputables a esa póliza (límite agregado), por cada anualidad de vigencia del contrato;
- **por víctima o lesionado.** Concretando las pólizas que se entienden incluidos en este límite las indemnizaciones que pudieran corresponder a los familiares y allegados del perjudicado ( AP Alicante 19-11-10 *in fine*, EDJ 342737 ; TS 12-11-13, EDJ 225919 );
- **por siniestro.** Fijando una cantidad máxima a abonar con independencia del número de reclamaciones y perjudicados derivados de un solo siniestro, cláusula de unidad de siniestro), o bien;
- mediante el establecimiento de una **franquicia.** Se puede establecer un importe a deducir en todo caso de la indemnización que deberá abonar el asegurado o un importe por debajo del cual el asegurado asume la indemnización pero por encima del cual el asegurador se hará cargo del total de la indemnización que resultara ( AP Madrid 3-6-11 FJ 31º, EDJ 222684 ).

#### 2128 Cláusula de liberación de gastos

Estipulación que **amplía la obligación del asegurador** para hacer frente a los gastos que genere un siniestro -de tramitación, defensa jurídica, etc.- con independencia del límite indemnizatorio aplicable al caso -por víctima o lesionado, por siniestro, etc.- ( TS 7-4-09, EDJ 56247 ; AP Sta. Cruz de Tenerife 31-3-10, EDJ 277080 ). Cuando no se establezca esta cláusula en el contrato, el asegurador sólo responderá de la indemnización que proceda y gastos que haya generado el siniestro hasta el límite indemnizatorio que fuera aplicable ( LCS art.27 ).

#### 2130 Exclusiones habituales

En **responsabilidad civil profesional** la mayoría están **impuestas por Ley**: reclamaciones derivadas de actuaciones dolosas que supongan a sabiendas un desvío de la ley y deberes profesionales o de las instrucciones de clientes o sus representantes; realizadas sin tener la adecuada titulación o sin estar debidamente colegiado; actividades que deban ser objeto de cobertura por un seguro obligatorio o son ajenas a la actividad propia del abogado (administración concursal, L 22/2003 ; responsabilidad civil del personal directivo-socios, consejeros-; en relación con las decisiones adoptadas en el ámbito de la administración de la sociedad -seguro de D-; administración de fincas, ejercicio de la profesión de procurador, agente de negocios o gestor administrativo); pago de multas, sanciones o penalizaciones (por ejemplo las derivadas de la LOPD y, en caso de ampliación del ámbito geográfico de aplicación de la póliza a USA y Canadá, suelen excluirse las indemnizaciones por daños punitivos y similares); quebrantamiento del secreto profesional, calumnia o injuria; intermediación en operaciones de secuestro.

**No impuestas por Ley**: pérdida o extravío de dinero, signos pecuniarios, y en general valores y efectos al portador o endosados en blanco; reclamaciones basadas en acuerdos que exceden la obligación legal de diligencia en el desarrollo de la profesión (como por ejemplo, garantizar resultado a un cliente); emisión gratuita de dictámenes en medios de comunicación; reclamaciones ante juzgados y tribunales extranjeros no amparados en el ámbito geográfico de aplicación del contrato (p.e. fuera de la UE).

**2132 Responsabilidad civil explotación.** Se excluyen los daños materiales de bienes propiedad del asegurado o de su personal, los daños materiales para terceros derivados de la realización de obras de mantenimiento, ampliación o reforma del local en el que se desarrolle la actividad (cuando no es precisa la obtención de permiso de obra relativo a estructuras, cimientos, etc., se da cobertura a obras y reformas no superiores a un determinado importe), los daños producidos en inmuebles alquilados por el desgaste, deterioro o uso, así como, los daños a los bienes muebles y a las instalaciones (agua, luz, gas, equipos y maquinaria).

**Responsabilidad civil patronal.** Excluye los daños materiales y los no consecutivos al daño corporal derivado de accidente de trabajo así declarado conforme a la legislación vigente o que estén excluidos del seguro de accidente de trabajo, así como, los daños derivados de enfermedad profesional y enfermedad no profesional que no haya sido declarada accidente de trabajo (en especial suelen incluirse entre éstas el infarto de miocardio, trombosis, hemorragia cerebral y enfermedades de similar etiología) ni las sanciones y/o recargos impuestas por la Inspección de Trabajo o la Jurisdicción Social.

#### 2134 Ampliación coberturas específicas para abogados

Inhabilitación, cobertura de sanciones/multas penales y/o administrativas derivadas de culpa leve y prórroga indefinida de la póliza en caso de baja en el colegio o jubilación:

**a) Inhabilitación.** Abono al asegurado de una **indemnización mensual** cuando haya sido condenado por sentencia judicial firme a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, siempre que el motivo de condena haya sido un error u omisión imprudente. Lógicamente, de acuerdo con la imposibilidad de enriquecimiento injusto propia del seguro ( LCS art.26 ), la suma abonada mensualmente no podrá ser mayor a la media de los ingresos anuales obtenidos por el asegurado en el año anterior a la condena, asimismo, se fija también una **cuantía máxima** mensual a indemnizar y un máximo de mensualidades a percibirla.

b) Cobertura de **sanciones/multas penales y/o administrativas derivadas de culpa leve** por aplicación de la LOPD , ], se está ofertando en el mercado asegurador para los casos de culpa leve. Aunque en la actualidad no cabe asegurar multas o sanciones (puesto que se elimina el carácter punitivo de la sanción) se está ofertando en el mercado asegurador para los casos de culpa leve.

c) **Prórroga indefinida de la póliza en caso de baja en el colegio o jubilación.** Se garantiza la responsabilidad civil por los asuntos llevados antes de la jubilación prorrogándose el contrato de forma indefinida con idénticas condiciones.

#### Precisiones

1) Ha de tenerse en cuenta que, **a partir del 25-5-18**, es de aplicación directa la normativa del Reglamento General de Protección de Datos, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos ( Rgto (UE) 2016/679 ).

2) En España está pendiente de aprobarse una **nueva ley orgánica** que sustituya a la LOPD, para aclarar y dar coherencia al sistema normativo, y, en su caso, un nuevo reglamento de desarrollo.

3) El nuevo Reglamento **deroga** en su integridad la Dir 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), pero no deroga la actual LOPD, solo la **modifica parcialmente**, lo que implica que únicamente la desplaza (no permite su aplicación), en lo que no sea acorde con la norma comunitaria.

#### 2136 Defensa jurídica (LCS art.74)

Por defensa jurídica el asegurador se hace cargo de los **gastos** de defensa jurídica de la responsabilidad civil del asegurado (abogados, procuradores, peritos, etc.). La LCS otorga, salvo pacto en contrario, la **dirección jurídica al asegurador** por ser quien asumirá la indemnización en caso de que concurra responsabilidad civil del abogado, correspondiendo al asegurador la designación de los profesionales para la defensa salvo en los casos de conflicto de intereses con el asegurador ( AP La Rioja 19-9-02, EDJ 58001 ; AP Ourense 30-12-10, EDJ 323648 ) o cuando se haya pactado expresamente en la póliza la libertad de designación por el asegurado. Resulta irrelevante que los honorarios se hayan devengado en **juicio de faltas** en el que no es obligada la intervención de letrado ( AP Ourense 30-12-10, EDJ 323648 ).

#### 2138 Sometimiento a juzgados y tribunales frente al arbitraje (LCS art.24)

Para los conflictos entre asegurador y asegurado, la LCS prevé la competencia del **juez del domicilio del asegurado**, sin embargo, es práctica habitual que, en uso de la libre autonomía de las partes, en las pólizas de responsabilidad civil de los colegios de abogados de las comunidades autónomas se acuerde el sometimiento a un **tribunal arbitral** ( L 60/2003 ).

# PARTE III

## Instrumentos prácticos para el ejercicio de la abogacía

### CAPÍTULO I

## Metodología y argumentación jurídica

2200	<b>A. Lógica y argumentación jurídica</b>	2202
	a. Argumentación en Derecho	2204
	b. Lógica jurídica	2220
	<b>B. Interpretación del Derecho</b>	2234
	a. Interpretación jurídica	2236
	b. Criterios interpretativos	2248
	<b>C. Reconstrucción del razonamiento judicial</b>	2274
	a. Justificación de la decisión judicial	2276
	b. Razonamiento judicial	2300

### A. Lógica y argumentación jurídica

2202	a. Argumentación en Derecho	2204
	b. Lógica jurídica	2220

#### a. Argumentación en Derecho

#### 2204 Qué implica y para qué sirve la argumentación jurídica

Básicamente, **argumentar** implica dar razones en favor de una decisión, para buscar la aceptación de una tesis o postura frente a un asunto determinado. En definitiva, probar por medio de **razonamientos** alguna afirmación. Podemos afirmar entonces que argumentar consiste en la exposición de razones que justifican algo, por ejemplo una idea, un hecho, una conducta, que para ser válida y creíble debe realizarse en base a pruebas y razonamientos fundados.

Partiendo de este concepto, se puede entender la **argumentación jurídica** como una disciplina que estudia los razonamientos propios de los profesionales del Derecho, comprendiendo tanto a los órganos del Estado encargados de la creación, interpretación y aplicación del Derecho positivo, como a los que simplemente interpretan, y eventualmente aplican las normas jurídicas, a fin de asesorar o enseñar, tales como los abogados, consultores jurídicos, profesores de Derecho, etc. La finalidad de la argumentación jurídica es conocer cuáles son los **instrumentos básicos** del razonamiento jurídico de los juristas, con el objetivo de que estos puedan ser utilizados en el desarrollo de su práctica jurídica.

2208 Y al estudiar el modo específico del razonar jurídico, la argumentación jurídica también se ocupa de las **reglas de interpretación** y aplicación de las normas y principios del Derecho positivo, es decir, de cómo debe interpretarse y aplicarse este. Por esta razón el análisis de la argumentación jurídica, constituye una de las partes de la «teoría de la ciencia jurídica», en concreto, la que puede denominarse como «teoría de la técnica jurídica», y que investiga el **método de los operadores jurídicos**, es decir, la forma en la que estos desarrollan su actividad.

Pero, se trata de un tipo de estudio polémico, principalmente por ser en ocasiones excesivamente formal y por estar cercano al mundo de la lógica. Tradicionalmente existe una cierta desconfianza por parte de los juristas a este tipo de aproximaciones, bien porque se consideran irreales, o bien porque se entienden como potenciadoras de la **actividad judicial**. Sin embargo, en ocasiones este tipo de reserva surge por una falta de estudio de su significado y alcance, ya que en el ámbito jurídico, la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, en todas sus facetas: tanto si se pensamos en la aplicación como en la interpretación o la producción del Derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado o el teórico del Derecho. No hay que olvidar que todo **jurista** en algún momento debe **argumentar**, y de hecho, parece claro que una de las cualidades del buen jurista es su capacidad para argumentar.

## 2210 Ámbitos de la argumentación jurídica

Ya se ha señalado que la argumentación es una actividad que se ejercita en los diversos ámbitos o situaciones en las cuales se practica el Derecho. En otras palabras, no es imaginable el ejercicio del Derecho sin argumentar. Pero, esto no significa que la argumentación se ejercite en los mismos términos y siguiendo el mismo patrón en todos los ámbitos de la actividad jurídica. La argumentación desarrollada depende siempre de cuál sea la **finalidad** perseguida en el ejercicio de la actividad jurídica. En términos generales se distinguen tres **ámbitos jurídicos** distintos en los cuales se efectúan argumentaciones:

- la producción o establecimiento de normas jurídicas;
- la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos; y
- la dogmática jurídica.

## 2212 Producción o establecimiento de normas jurídicas

Es el primer ámbito jurídico, que corresponde al de la actividad ejercitada en la esfera pública por los **formadores de opinión**: periodistas, políticos, parlamentarios e instituciones del Estado con competencia para producir Derecho. En esta perspectiva se distinguen dos fases o momentos que pueden o no ser sucesivos. Podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una *fase pre legislativa* y las que se producen en la fase propiamente *legislativa*.

Las argumentaciones en la **fase pre legislativa** se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución-total o parcial- se piensa que puede ser la adopción de una **medida legislativa**. La propuesta se discute en contextos diversos y se formulan argumentaciones a favor y en contra, interviniendo periodistas, psicólogos, políticos, juristas, etc.

En segundo lugar en la **fase legislativa**, el énfasis de los argumentos estará puesto en las **cuestiones de tipo técnico-jurídico**. Aquí, el parlamento o cualquier otro órgano del Estado con competencia para crear normas, serán el espacio en el que se desarrollará la actividad argumentativa.

Mientras que en la fase *pre legislativa* puede considerarse que los argumentos tienen, en general, un carácter más político y moral que jurídico, en la fase *legislativa* los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo técnico-jurídico las que pasan a un primer plano.

## 2214 Aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos

Es el segundo ámbito jurídico, que trata de las argumentaciones dadas por quienes ejercen jurisdicción o por particulares que, por ejemplo, cumplen **labores de árbitros o mediadores**. Es decir, es esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares en ocasiones.

La argumentación en este ámbito puede producirse tanto respecto de los hechos como respecto del Derecho, pero la que interesa a la teoría de la argumentación jurídica, principalmente, es la segunda. De esta manera, como explicaremos más adelante, a la hora de resolver un caso, el juez de la causa tendrá que expresar las **razones** que justifican su **decisión**.

## 2216 Dogmática jurídica

Es el tercer y último ámbito jurídico, en el cual o desde el cual, se producen argumentos. Es útil recordar que respecto del Derecho, la dogmática cumple tres **funciones básicas**:

1. Suministra criterios para la **producción** del Derecho en las diversas instancias en que esto tiene lugar.
2. Suministra criterios para la **aplicación** del Derecho.
3. **Ordena y sistematiza** un sector del ordenamiento jurídico.

## 2218 Para efectos de la argumentación jurídica, interesa la segunda de estas funciones, es decir, la que suministra criterios para la aplicación del Derecho. En este nivel se distinguen sutilmente dos tipos de argumentaciones:

- las que realiza el **dogmático o teórico del Derecho** cuándo se ocupa de establecer, por ejemplo, cuál es la naturaleza jurídica de determinados delitos o faltas; y
- las que realizan los **tribunales** cuando resuelven casos que involucran problemas abstractos.

En definitiva, podemos entender que la argumentación jurídica es el **proceso mental-lingüístico**, sea oral o escrito, que los operadores jurídicos realizan para persuadir o convencer a la otra parte respecto a sus pretensiones, no como un mero proceso discursivo del uso de la buena palabra, sino que además se deben expresar razonadamente los argumentos para tener la **eficacia y validez** que se busca. No podemos obviar que la regla más universal de control que rige la vida racional de los hombres es la regla de la razón. La presencia o la ausencia de razón da validez o desmorona un argumento y por tanto una pretensión de justicia o de verdad.

## b. Lógica jurídica

### 2220 Noción de argumento

En el plano de la lógica jurídica se trabaja con argumentos. Un **argumento** es un conjunto de proposiciones, enunciados u oraciones en las que uno de ellos se afirma que es verdadero, mientras que los otros se ofrecen como razones para creer la verdad de aquel.

De esta manera, podemos distinguir entre los **elementos o partes** de un argumento:

1. La **conclusión**, que es el enunciado que se afirma como verdadero.
2. Las **premisas** son los enunciados que se ofrecen como razones para creer la verdad de la conclusión.
3. La **inferencia** es el proceso por el cual se llega a una proposición y se afirma sobre la base de una o más proposiciones aceptadas como punto inicial del proceso.

La **finalidad** de la lógica jurídica es entonces inferir o derivar, de un conjunto de enunciados denominados *premisas*, otro enunciado denominado *conclusión* que se sigue o es deducible de las premisas. A la inversa, se puede afirmar que las *premisas* implican la *conclusión*.

2224 Para profundizar en la noción de argumento, hay que distinguir entre **oraciones y proposiciones**. Las oraciones son un conjunto de símbolos lingüísticos con sentido completo. Las oraciones pueden ser «asertivas», porque afirman o niegan alguna cosa y, por tanto, son susceptibles de verdad o falsedad, y «no asertivas», porque no afirman ni niegan nada, y que no son susceptibles de verdad o falsedad. Por su parte las proposiciones son el significado de las oraciones asertivas. Dos oraciones pueden expresar una sola proposición. Los **razonamientos** se dan entre proposiciones, es decir, que las premisas del razonamiento son proposiciones de las que se infiere otra proposición que es la conclusión en un mismo razonamiento.

Para razonar los operadores del Derecho han construido **lenguajes artificiales** que son útiles para el análisis de la relación de implicación, pero que son muy distintos de los lenguajes naturales con los que habitualmente nos expresamos. Estos lenguajes artificiales son lenguajes que **contienen**:

- a) Un **vocabulario básico**.
- b) Un **alfabeto** rigurosamente establecido.
- c) **Reglas sintácticas** de creación de expresiones bien formadas del lenguaje.
- d) **Reglas de transformación** o reglas lógicas que muestran cómo se puede pasar de unas fórmulas a otras, como se pueden obtener determinadas conclusiones a partir de ciertas premisas.

### 2226 Papel de la lógica en el Derecho: utilidad y problemas

La lógica ha sido entendida como la ciencia o el arte del pensamiento. La lógica es una **disciplina normativa** destinada a ordenarnos cómo hemos de pensar, de argumentar, de inferir y cómo hacerlo correctamente.

En este sentido, la lógica jurídica es el **estudio de los métodos** y principios utilizados con el fin de distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos. Por lo tanto, no es una explicación de cómo pensamos sino un modelo de cómo debemos pensar para hacerlo correctamente. Se ha entendido así que la lógica jurídica es una especie de control de calidad de las argumentaciones jurídicas. En concreto, la lógica es importante para razonar las **decisiones judiciales**.

De hecho, en algunos ordenamientos jurídicos se considera explícitamente que las sentencias que vulneren algún principio lógico pueden ser revocadas. Esto último es lo que se denomina «garantía de racionalidad», presente, por ejemplo, en el Derecho argentino. Esta **garantía**, aunque no siempre es una exigencia explícita, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, se ha convertido en un requisito implícito en el Derecho moderno, (del mismo modo que ocurre con el «deber de coherencia» que se exige a los jueces). Tanto uno como otro forman parte de la concepción del Derecho como «sistema» y constituyen:

1. Nuevas **formulaciones de la idea** de que los jueces deben decidir conforme al Derecho vigente.
2. Que a pesar de los problemas de imprecisión del Derecho (*de lagunas o de antinomias*), las **decisiones** de los jueces deben ser **previsibles** en cierta medida. Esto es, hace posible hablar de seguridad jurídica.

2228 Pero, la lógica jurídica se enfrenta a ciertos **problemas**, teniendo en cuenta que hay ámbitos de los que no se preocupa y que afectan directamente a la racionalidad de las decisiones jurídicas -en concreto, de las decisiones judiciales- porque por ejemplo:

- a) La lógica no dice nada sobre cómo establecer las **premisas**, de las que parte como algo dado. Sin embargo, una parte muy importante de la labor del juez consiste en «construir» la norma que le va a permitir resolver el supuesto

concreto y «reconstruir» los hechos a partir de los materiales que las partes introducen y de la investigación que, en su caso, impulsa otro órgano judicial.

b) Además, la lógica no dice nada sobre cuáles son las **soluciones más adecuadas** en el caso de que haya varias que igualmente sean posibles.

c) La lógica solo suministra **criterios formales de corrección**. No sería contraria a la lógica la utilización por parte del juez de normas inválidas o la declaración como probados de unos hechos que contradicen frontalmente la realidad.

d) Y por último, la lógica no determina la decisión en cuanto tal. El **fallo** supone un paso del **discurso** a la acción que no explica la lógica.

### 2230 Lógica formal frente a lógica material

La lógica jurídica suele basarse en la denominada **lógica deductiva** o lógica formal. Según esta concepción, partimos del concepto de argumento ya explicado, donde este es un encadenamiento de proposiciones, es decir, a partir de un conjunto de enunciados denominados *premisas* podemos derivar o inferir una *conclusión*.

La lógica en realidad no se interesa por los argumentos en cuanto tales sino por los esquemas de los argumentos. La lógica de esta manera, permite controlar *la corrección* de las inferencias pero desde un punto de vista abstracto prescindiendo de la validez material de los mismos y de su **fuerza de persuasión**. A la *lógica formal*, le interesa determinar cuándo un argumento es válido y cuando no lo es, entendiendo como argumento válido aquel cuya conclusión se sigue lógicamente de las premisas.

La *lógica formal* garantiza que si las premisas son verdaderas, la conclusión también será necesariamente verdadera o dicho de otra forma: que no es posible que de **premisas verdaderas** se siga una **conclusión falsa**. En este sentido, además, se afirma que los argumentos correctos son argumentos formalmente válidos. La validez en la *lógica formal* por tanto, es independiente de la verdad. Esto supone un problema ya que un argumento es lógicamente válido si, y solo si, entre las premisas y la conclusión hay una relación de implicación. Importa la forma y la conclusión de las premisas, no su contenido. En este sentido, el **control de corrección** de la lógica en relación con el Derecho es únicamente formal, por lo que la *lógica deductiva o formal* controla las relaciones entre las premisas, pero no permite controlar si las premisas son verdaderas.

2232 Por esta razón, la *lógica formal* tiene sus **limitaciones**, ya que un argumento debe ser estudiado desde diversos puntos de vista, es decir, que es posible analizar los argumentos más allá de su **validez formal**.

Por ello, se considera que la alternativa a la *lógica formal* es la *lógica material*, donde el proceso consiste en dar buenas razones a la hora de argumentar, y donde se exija que las **premisas** sean **verdaderas**. La atención se desplaza de los aspectos formales, a los materiales de la inferencia de las premisas. La pregunta es en qué se debe creer o qué se debe hacer.

De este modo, se puede concluir que la *lógica deductiva o formal* no es el instrumento más adecuado para dar cuenta de las relaciones entre normas, tampoco para describir el razonamiento de los juristas, pero sí es, en ambos casos, uno de los instrumentos a tener en cuenta.

## B. Interpretación del Derecho

2234	a.	Interpretación jurídica	2236
	b.	Criterios interpretativos	2248

### a. Interpretación jurídica

### 2236 Qué supone interpretar

Aquí interesa determinar qué se entiende por interpretación desde el punto de vista jurídico, pero es innegable que acercarnos al concepto cotidiano de interpretación nos ayudará a concebir mejor lo que implica la interpretación jurídica. Interpretar es desentrañar el verdadero sentido de algo, aunque generalmente quien interpreta, no puede hacerlo de modo totalmente objetivo, porque suele poner su propia visión o subjetividad en ello, sobre todo en temas ideológicos o artísticos. La interpretación puede hacerse de **textos**, de **palabras**, de **ideas**, de acontecimientos de la **realidad**, y puede expresarse a través del lenguaje oral o escrito, por medio de representaciones teatrales, de la música o de la danza.

Al hablar de interpretación jurídica, nos encontramos con una dificultad, ya que esta puede tener varios **significados**:

1. **En sentido amplio**, sería cualquier adscripción de un significado normativo a una norma. En definitiva, pretender descubrir para sí mismo (**comprender**) o para los demás (**revelar**) el verdadero pensamiento que tenía el legislador al crear la norma, o explicar el sentido de la misma;



**2. En sentido estricto**, solo se requiere interpretación cuando hay dudas sobre la norma. Así, interpretar es solamente comprender el **sentido de un texto** que se ha convertido en problemático, o **dudoso**. El argumento del que se parte para defender este significado de interpretación *en sentido estricto* es básicamente el hecho de que las normas jurídicas en las que el Derecho vigente se encuentra plasmado se expresan mediante el lenguaje, pero este, al prescribir una norma, puede ser oscuro y/o dudoso, puede tener un trasfondo doctrinario y/o un sentido técnico, etc., en fin, puede o no expresar precisamente la **voluntad del legislador**, o la intención que este tuvo. A esto se une que los hechos, a su vez, pueden ser tan variados y diversos que no se dejan prever total e inequívocamente por las normas jurídicas.

2240 La doctrina, sin embargo, es casi unánime en considerar que al interpretar no estamos solamente ante una mera posibilidad de **falta de claridad** en el texto de la norma, puesto que la interpretación de las normas siempre está presente al momento de aplicar el Derecho, aunque la norma que va a ser objeto de interpretación no revista mayor complicación para desentrañar su significación y sentido.

Cabría, en todo caso, hablar de mayor o menor grado de dificultad para interpretar una norma jurídica, pero nunca de la posibilidad de prescindir de hacerlo, de tal modo que existirá siempre la ineludible necesidad de la interpretación de la norma jurídica.

Siguiendo este argumento se opta entonces por una visión **no restrictiva** de lo que es la interpretación, y se decanta por aceptar el concepto de interpretación jurídica en *sentido amplio*. Y así, se puede ver que la interpretación en *sentido amplio* hace referencia a:

2242 1. La interpretación como **conocimiento**, que consiste en reconocer y discernir las posibles significaciones de un texto sin escoger ninguna. Sigue reglas del lenguaje, tesis dogmáticas, etc. Es puramente científica y desprovista de efectos prácticos.

2. La interpretación **decisión**, que consiste en escoger un significado determinado entre los significados identificados por medio de la interpretación conocimiento, descartando los otros.

3. Y la interpretación **creación**, que consiste en atribuir a un texto un significado «nuevo» y/o deducir del texto las normas llamadas «implícitas» por medios pseudopsicológicos.

Tanto la de *decisión* como la de *creación* pueden efectuarse por el juez o un órgano de aplicación, produciendo así consecuencias jurídicas.

2244 **Distinción entre interpretación, argumentación y subsunción**

Desde el punto de vista jurídico, hay que distinguir que interpretar es **encontrar** una solución, mientras que argumentar es **justificar** la solución. El intérprete dilucida la respuesta y muestra las razones que permiten sostenerla exitosamente en la controversia y así persuade al destinatario. De hecho, se puede entender que la **principal actividad del jurista** es la **interpretación** y con ella, la justificación de las opciones interpretativas. En este sentido, parece evidente que es importante en el marco jurídico investigar cómo se lleva a cabo la interpretación, e incluso hay que proponer cómo debería llevarse a cabo esta.

Además, no debe confundirse la **tarea de** interpretación con la de **subsunción**. Interpretar es una tarea destinada a establecer el sentido de un precepto, subsumir es poner en contacto un **supuesto de hecho** concreto con una **figura jurídica** a fin de verificar su adecuación a la misma. Puede darse interpretación sin que exista subsunción pero al revés es imposible.

2246 Se puede señalar incluso, que la interpretación es una actividad que va más allá de las **reglas jurídicas**, que no se acota a estas, sino que involucra también conocimientos propios de la teoría del Estado, la sociología y la filosofía jurídica, entre otras disciplinas, en tanto la subsunción es el procedimiento destinado a contrastar el deber ser con el ser.

Desde esta perspectiva, se considera que constituye un error considerar que la aplicación del Derecho es una mera operación de subsunción lógica y que los textos jurídicos solo necesitan interpretación cuando aparecen poco claros, oscuros o contradictorios. Se podría señalar que todos los **textos jurídicos** son susceptibles de ser **interpretados**, y de hecho, necesitan serlo, dado que la interpretación es un razonamiento con el cual se busca responder, no solo a la cuestión del significado de un texto normativo, sino también a la relación que existe entre ese texto y una situación concreta dentro de la cual debe aplicarse.

## b. Criterios interpretativos

2248 **Argumentos principales (gramatical, teleológico, sistemático, sociológico, histórico, genético)**

Las reglas o criterios de interpretación no son otra cosa que los «puntos de vista», «pautas rectoras» o «cánones» de que se vale un jurista, cuando frente a un enunciado -en el caso normativo- debe establecer qué contenidos de significado son aceptables racionalmente.

### 2252 Argumento semántico, literal o gramatical

Se acepta o se rechaza una interpretación aduciendo que esta es la que se acepta o se rechaza en el uso del lenguaje. Este argumento se apoya en las **máximas de experiencia del lenguaje**, tales como:

- ningún elemento en el **texto legal** carece de significado;
- no debe darse a una expresión un **significado** diferente en distintos contextos, a menos que exista una justificación suficiente;
- si la **terminología** de una norma se aparta del uso ordinario del lenguaje, la terminología especial prima sobre el lenguaje ordinario. En este argumento se presupone la existencia de un consenso de significados.

### 2254 Argumento teleológico

Consiste en aceptar o rechazar una interpretación apelando a los **finés de la norma**. Hay varios tipos: el *directo*, donde los fines de la norma se corresponden con la interpretación; y el *indirecto*, donde la interpretación permite lograr los fines de la norma. En este argumento se presume la posibilidad de conocer los fines de la norma, así como los **medios** para lograr los fines de la norma que deben ser tenidos en cuenta. Para ello, normalmente se acude a los trabajos preparatorios (en concreto: debates en general, rechazo de una propuesta en el debate, los cambios en el proceso de elaboración del precepto, el mantenimiento del texto en el proceso de elaboración del precepto). Asimismo, la **voluntad** de la autoridad normativa, del autor de la norma, es **vinculante**.

### 2256 Argumento sistemático

Presume que el Derecho conforma un todo ordenado y sistemático, cuyos elementos pueden ser interpretados de distinta manera. En este argumento se acepta o se rechaza una interpretación aduciendo el **sistema jurídico**. Responde a dos grandes sentidos: el sistema *como guía* o el sistema *como límite*. Presupone además otros argumentos (o bien el literal o bien el teleológico desde los fines de otras normas). El criterio sistemático puede operar bien desde la perspectiva de la **adecuación literal** de la norma con las restantes (donde se conecta con el literal), bien desde la de la **adecuación teleológica** y valorativa de la norma respecto a las demás.

### 2258 Argumento sociológico

Se basa en aceptar o rechazar una interpretación aduciendo las **circunstancias sociales y económicas** del momento. En este sentido, se trata de un criterio de gran importancia en la adaptación del Derecho a los cambios sociales. No obstante, conviene incidir en este punto que se trata de un **criterio** que solo es operativo en el Derecho cuando se hace desde su interior. Es decir, como nos ocurre con los restantes criterios no puede ser utilizado para atribuir a un enunciado un significado que no respete los criterios de validez jurídica. Así, parece que se trata de un criterio que debe operar junto a los restantes. Sirve de apoyo, por ejemplo, a la modificación de la atribución de significados anteriores, pero todo ello dentro de la **perspectiva sistemática**. Para utilizar este argumento se presupone que hay un conocimiento de las circunstancias sociales y económicas, y por supuesto hay que valorar las mismas.

### 2260 Argumento histórico

Se acepta o rechaza una interpretación aduciendo un hecho histórico que se refiere al problema jurídico discutido. A un enunciado normativo se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo precedente y preexistente que regulaba la misma materia en la misma **organización jurídica**, o bien el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo contenido en un documento básico de otra organización.

Hay dos **variantes** de este argumento: por un lado, el argumento histórico **estático**, que se basa en el sentido conservador de la historia, y se relaciona con el sistemático y con el literal; y por otro el argumento histórico **dinámico**, que se apoya en el sentido evolutivo de la historia, por lo que está estrechamente conectado con el criterio sistemático y el sociológico. Este argumento suele utilizarse junto a otros argumentos, y se relaciona con el argumento genético o de la voluntad. Los instrumentos en los que se apoya para la averiguación de la voluntad del autor del enunciado suelen ser los trabajos preparatorios, las exposiciones de motivos y los preámbulos. Presupone que la voluntad de la autoridad normativa es vinculante.

### 2262 Argumento genético o de la voluntad

Acepta o rechaza una interpretación apelando a la voluntad de su autor. Los **tipos** de argumento son:

- **directo**, donde la voluntad de la autoridad normativa se corresponde con la interpretación; e
- **indirecto**, donde la interpretación permite lograr la voluntad de la autoridad normativa. Se presume en este argumento la posibilidad de conocer la voluntad de la autoridad normativa, y esta es vinculante, y además, los medios para lograr la voluntad de la autoridad normativa deben ser tenidos en cuenta

## 2264 Argumentos jurídicos especiales (analogía, a contrario, a fortiori, reducción al absurdo)

La característica de este tipo de argumentos es que formalmente pueden expresarse con **estructuras de inferencia lógicamente válidas**. Destacan:

### 2266 Argumento por analogía

El Código Civil establece que procederá la aplicación analógica entre dos normas cuando estas regulen un supuesto semejante entre los que se aprecie **identidad de razón**. Si existe un hecho semejante al aludido en una norma, se le deben aplicar las consecuencias que esta establece ( CC art.4.1 ). No es posible utilizarlo en Derecho penal, salvo excepciones. Este argumento implica la existencia de identidad de razón y por tanto de un sistema axiológico que se atribuye al autor de la norma. Debe justificarse la identidad de razón entre los dos casos.

### 2268 Argumento a contrario

Si un caso concreto cumple con los presupuestos establecidos en una norma, se deben producir las **consecuencias** que establece dicha norma. Luego a contrario, si un caso concreto no cumple con los presupuestos establecidos en esa norma, no se deben producir las consecuencias por ella establecidas. Este argumento implica: que se duda sobre si un caso está o no incluido en el supuesto normativo por el **silencio del autor de la norma**; que hay presunción sobre la voluntad del autor de la norma en el sentido de que quiso excluir de la misma todo caso no enunciado; y que se utilizan argumentos interpretativos.

### 2270 Argumento «a fortiori»

Consiste en la aplicación de un **precepto normativo** a una situación no prevista y que tiene mayores razones de ser aplicada que la concebida expresamente. Significa este argumento que de una norma que atribuye determinadas consecuencias a un hecho se desprende otra que atribuye con mayor razón dichas consecuencias a un hecho distinto. Los argumentos *a fortiori* son de dos **tipos**:

- **de mayor a menor**, que se traduce en que «la ley que permite lo más, permite lo menos»; y
- **de menor a mayor**, donde «la ley que prohíbe lo menos, prohíbe lo más».

### 2272 Argumento de reducción al absurdo

Supone que un legislador razonable no admitiría una interpretación de la ley que condujera a consecuencias ilógicas o inicuas. Por lo tanto, permite rechazar una opción por las **consecuencias absurdas** que esta produce.

## C. Reconstrucción del razonamiento judicial

2274	a. Justificación de la decisión judicial	2276
	b. Razonamiento judicial	2300

### a. Justificación de la decisión judicial

### 2276 Exigencia de motivación

En nuestra cultura jurídica se requiere, como condición de buen ejercicio de la función de administrar justicia, que las **decisiones** de los **jueces** sean fundadas en Derecho, es decir, que sean **motivadas**. La ausencia de tal cualidad puede determinar que la sentencia sea declarada nula por carecer de un elemento esencial para que pueda ser reconocida como acto jurisdiccional.

Parece claro que la exigencia de fundamentación o motivación no es satisfecha a menos que la sentencia contenga alguna argumentación que vincule el contenido de la decisión con lo que el juez -o la comunidad jurídica- identifica como Derecho vigente. De hecho, el ordenamiento jurídico plantea la necesidad de que los jueces ofrezcan una **respuesta fundada en Derecho** frente a cualquier caso que se les plantee ( CC art.1.7 ).

Pero, si bien es cierto que el Derecho vigente impone a los jueces la obligación de motivar sus decisiones, sin embargo, el **alcance** de esta exigencia ha ido variando a lo largo de la historia. En un primer momento esta motivación se veía satisfecha con la mera invocación del precepto en el que se consideran descritos los hechos, pero en la actualidad se reclama al juez que explique los argumentos que le han llevado a decidir en un determinado sentido.

2280 Siguiendo este planteamiento, podemos afirmar que toda **decisión judicial** que **no** sea **motivada** podría ser considerada **arbitraria**. Hay entonces en cada decisión judicial una fuente de legitimación, y esto implica que resulta necesario motivar las decisiones judiciales básicamente por dos razones:

1. En tanto que la motivación implica la existencia de una norma previa, lo que se intenta es dar razones para que la **decisión** sea **aceptable** en Derecho. Debe entenderse así, que «motivar», equivale a que los jueces justifiquen sus decisiones como un mandato imperativo que sustenta el orden jurídico-político de nuestro país.

Evidentemente hablar de argumentación en el ámbito de la motivación judicial, solo tiene sentido cuando se sitúa en el juez entre una *concepción determinista* y una *concepción decisionista*. En este sentido, resulta útil recordar que una **concepción determinista** conduce a una presentación del juez como «la boca muda que pronuncia las palabras de la ley». El juez desde esta concepción no necesita justificar el fallo porque este es consecuencia directa de la ley. En este esquema, la aplicación se describe a modo de silogismo subsuntivo. Por el contrario, una **concepción decisionista** llevaría a sostener el carácter irracional de la decisión judicial. Para los partidarios de esta concepción el juez decide por mecanismos que escapan a la racionalidad. La **fundamentación** de la sentencia es un artificio mediante el cual el juez pretende recubrir de racionalidad su decisión.

2282 Partimos de considerar que ambas concepciones son extremas, por lo que evidentemente optamos por una función del juez que utiliza la argumentación en las **motivaciones** de sus decisiones, sobre todo porque existe una obligación que se impone a los jueces y tribunales a partir la Constitución de motivar sus decisiones ( Const art.120.3 ). La motivación supone hacer explícitos los argumentos que permiten justificar una decisión y constituye una **fórmula de control de la decisión**.

La sentencia de esta manera tendrá indispensablemente un **dobles límite**:

a) En primer lugar tendrá que respetarse el **principio de legalidad**, es decir, se utilizará una ley que respalde la decisión.

b) En segundo lugar, este **discurso** tendrá que ser **razonado** y explicará cual fue el camino que el juez siguió para llegar a la conclusión. Se debe aspirar a que la decisión judicial se justifique con criterios consistentes y transparentes, que aporten certeza y seguridad, y que esté respaldada en normas jurídicas que se relacionen con el caso particular.

2284 2. Resulta necesario **justificar** las **decisiones judiciales** porque un sistema político será más democrático en la medida en que haya más argumentación judicial, pues a través de esta es posible controlar los excesos en que se pudiera incurrir al momento de decidir los conflictos y más aún, porque gracias a hacer aceptables las decisiones con la argumentación, el Derecho cumple mejor su **función instrumental** para la convivencia social.

Es decir, el requisito de que las sentencias judiciales sean fundadas expresamente en el Derecho vigente ha sido vinculado con ciertos **ideales políticos** relativos a la función que corresponde a los jueces, los cuales se enmarcan en la doctrina política de la separación de poderes. Siguiendo esta doctrina, la función de los jueces es resolver los casos particulares de acuerdo con las reglas generales sancionadas por el poder legislativo. Los jueces deben hacer cumplir la ley, lo que se traduce en que en principio la función judicial se encuentra subordinada a la función legislativa. De esta manera los jueces están obligados a aplicar la ley, porque eso es «**poder público**» y la forma de satisfacer la exigencia de **seguridad jurídica**. En términos sencillos eso es lo que se les pide: que hagan cumplir la ley. Pero, no olvidemos que esta exigencia puede ser *formal*, que es la que propicia la sujeción de juez a la ley (principio de legalidad) o *sustancial* que es la que obtiene la función judicial de su capacidad de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2286 Valor de los precedentes y la igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad formal es un principio que afecta directamente a la labor judicial y por ende a la construcción de su razonamiento, que supone además una **exigencia a los tribunales** para que no se aparten de sus precedentes sin una justificación razonable para ello.

No olvidemos, que la igualdad formal se desarrolla a través de dos facetas básicas que no son coetáneas en el tiempo: la igualdad *ante* la ley, y la igualdad *en* la ley. En primer lugar surge la **igualdad ante la ley** o en la aplicación de la ley, que exige que en el momento de su aplicación la ley sea igual para todos. Exige que todos los hombres deben ser **tratados igual**, dado que la ley debe ser considerada de una forma impersonal y general. Pero posteriormente surge una mayor sensibilidad frente a las desigualdades, y comienza a entenderse también la posibilidad de exigir la igualdad no solo frente a la Administración y los tribunales, sino, incluso frente al legislador, es: la **igualdad en la ley** o en el contenido de la ley, donde se impone al legislador la obligación de garantizar un **trato igual a los ciudadanos**, prohibiéndole dictar normas discriminatorias. Evidentemente, no existe ningún sistema jurídico que establezca que deba tratarse absolutamente igual a todos los individuos. La universalidad de la ley no se vulnera cuando lo que se impone es un tratamiento diferenciado justificado y amparado por la ley; se prohíben en cambio las diferencias de tratamiento arbitrarias por no estar justificadas: las discriminaciones.

2288 En nuestro ordenamiento, el principio de igualdad formal se recoge en la Const art.14 , donde solo se alude a la igualdad *ante* la ley, pero debe entenderse incluyendo también a la situación más generalizada en el constitucionalismo comparado: la igualdad *en* la ley.

Para lo que nos interesa en este momento, nos centraremos en la **igualdad ante la ley** y cómo afecta esta a la reconstrucción del razonamiento judicial, desde dos **facetas**:

**1. Como generalidad y abstracción de la ley.** Supone que todos los individuos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce. Es el mandato que exige a los tribunales tratar de la misma manera, a todos los ciudadanos a través de normas

formuladas en términos impersonales y universales. Se pretende aplicar la ley con arreglo a pautas de exactitud y fidelidad a su texto, y únicamente se toman en cuenta las distinciones que son efectuadas por la misma ley.

**2. Igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante los tribunales.** Va más allá de la exigencia de que la ley sea general e impersonal, ya que se exige que se aplique la ley de forma igual a todos los ciudadanos. Se exige que ante **situaciones iguales**, con hechos iguales, la aplicación de la ley que se lleve a cabo por un tribunal debe ser la misma que se aplicó en otro caso similar anterior. Es lo que se denomina *precedente*, y puede construirse como una exigencia de coherencia a futuro, ya que supone que el órgano que decide debe hacerlo pensando que la solución que adopta en un determinado momento es la que adoptaría siempre que se dieran las mismas circunstancias. Pero, con independencia de que un tribunal con carácter general, no pueda modificar el sentido de sus decisiones en supuestos substancialmente iguales, si el órgano entiende que debe apartarse de sus precedentes, podrá hacerlo si ofrece una **fundamentación suficiente y razonable**.

2290 El propio Tribunal Constitucional ha señalado que, no siempre que existe un cambio de criterio en los pronunciamientos de un tribunal significa que se esté ante una desigualdad injustificada o arbitraria ( TCo 49/1982 ). Si de la propia decisión o de decisiones posteriores del mismo órgano que la ratifican, se demuestra que esta no ha sido arbitraria, sino que es un efectivo **cambio de criterio**, o el inicio de una nueva línea jurisprudencial, no se considerará inconstitucional. Pero, si por el contrario no existe una justificación del cambio de criterio, o este no está suficientemente motivado, corresponde al Tribunal Constitucional constatar este cambio. Es decir, si el Tribunal Constitucional considera que se ha vulnerado la igualdad puede solicitar que se proceda a un nuevo enjuiciamiento exigiendo que se mantenga la misma postura que se venía sosteniendo con anterioridad o que se justifique el cambio de criterio, ya que considera que ambas vías son aptas para reparar la vulneración constitucional y restaurar la primacía de la Constitución ( TCo 63/1984 ).

Evidentemente, se exige por parte del Tribunal Constitucional que el cambio de criterio aparezca suficientemente motivado mediante una expresa referencia al criterio anterior y las aportaciones de las razones que han justificado el no seguir los precedentes y la configuración de una nueva respuesta al problema planteado. Lo que se pretende con esta exigencia es evitar la **arbitrariedad**, y garantizar a los ciudadanos el saber a qué atenerse para que puedan ajustar su comportamiento a lo exigido por la norma. El problema que puede surgir al exigir en exceso la justificación de un cambio de criterio, es la confrontación entre las exigencias derivadas del mandato de tratamiento igual en los supuestos iguales, y las deducibles de los **principios de independencia y autonomía judicial** ( TCo 49/1985 ).

En definitiva, siempre que no existe una decisión arbitraria por ser injustificada debe aceptarse la posibilidad de un cambio de criterio por parte de un tribunal, ya que es preciso compatibilizar el principio de igualdad con la autonomía de los órganos judiciales en el ejercicio de su exclusiva competencia de juzgar y ejecutar lo juzgado ( Const art.117.3 ).

2292 **Aplicación de las normas en las decisiones judiciales: reglas (todo o nada) y principios (ponderación)**

En el razonamiento judicial resulta importante analizar que el operador jurídico no se comporta de igual manera frente a todas las normas del ordenamiento. En su **labor interpretadora y argumentativa** el juez razona de forma diversa según el tipo de norma ante la que se encuentre: una regla o un principio. De esta manera, sin ser exhaustivos aquí, (sobre todo en esta cuestión no falta de polémica, como es la distinción de reglas y principios), y solamente a efectos de cómo se aplican ambos tipos de normas por parte del juez, se debe considerar que:

2294 1. Las **reglas** son mandatos estrictos de carácter perentorio o protegido. Configuran el caso de forma completa, de tal manera, que las propiedades que conforman el caso son un conjunto cerrado. Son razones independientes de su contenido: lo que hace que sean razones no es lo que prescriben, sino el hecho de que lo prescriba una autoridad. Las reglas son **aplicables a la manera de «todo-o-nada»**. Si se cumplen los hechos que una regla estipula, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión. En este sentido, las reglas son normas que exigen obediencia plena y solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Por ello, si una regla es válida entonces es obligatorio hacer lo que ordena. Las **ventajas** de las reglas son básicamente que:

- ahorran tiempo en la decisión porque evitan la ponderación;
- reducen la complejidad de la argumentación; y
- tienen más fuerza concluyente.

2. Los **principios** son razones operativas no concluyentes o simplemente *prima facie*, es decir, suministran razones para **decidir en un determinado sentido**, pero no tienen carácter definitivo. Esas razones deben sopesarse con otras provenientes de otros principios y que pueden hacer que la decisión vaya en una dirección opuesta. Configuran el caso de manera abierta, por lo que no se puede hacer una lista cerrada o exhaustiva de las propiedades relevantes del caso. Sus condiciones de aplicación no están ni genéricamente determinadas. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia.

2296 A diferencia de las reglas, los principios operan como **razones sustantivas o dependientes del contenido** que para convertirse en razones concluyentes necesitan de una operación en la que no puede hacerse abstracción del

contenido: **la ponderación**. Es decir, los principios para su aplicación utilizan *la ponderación*, que implica que cuando hay una interferencia entre principios, quien ha de resolver el conflicto deberá tomar en cuenta el peso relativo de cada uno, de tal manera que cuanto mayor es el grado de no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

Los principios son así **normas** que ordenan algo en la mayor medida posible, en relación con sus **posibilidades fácticas y jurídicas**. Son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, sin que se cuestione su validez. La frecuencia de los conflictos entre principios -entre libertad de expresión y el honor o intimidad de las personas; entre la libertad y seguridad, etc.- es consecuencia de que los principios carecen de las condiciones de aplicación o de que estas son muy abiertas. Ello hace que los principios tengan un **mayor alcance argumentativo** que las reglas. Las **ventajas** de los **principios** frente a las reglas son:

a) Al ser **más generales** entran en juego en un mayor número de situaciones. Es decir, al tener mayor poder explicativo que la reglas tienen también mayor alcance justificatorio.

b) Tienen **mayor fuerza expansiva**.

2298 Por todo lo anterior, la distinción entre reglas y principios lleva a considerar al Derecho como un sistema justificativo integrado en dos niveles:

1. **Reglas**, como razones operativas de tipo formalista o autoritativo, en definitiva, como razones protegidas o perentorias, que no precisan un momento deliberativo propiamente.

2. **Principios**, cuando las reglas no tienen alcance o fuerza suficiente, o no están bien determinadas (y necesitan interpretación), o cuando resultan inaceptables para los valores del sistema, o cuando hay reglas contradictorias.

## b. Razonamiento judicial

### 2300 Corrección del razonamiento judicial

Cuando se plantea si una decisión es correcta, se puede responder a esta pregunta desde dos puntos de vista: el punto de vista interno al ordenamiento, llamada *corrección o justificación interna*, o un punto de vista externo a este, denominada *corrección externa*.

El primer ámbito, el de la **corrección o justificación interna**, tiene que ver con la validez lógica de las inferencias que llevan de las premisas a la conclusión, es decir, a la decisión judicial. Así, la decisión es correcta si es válida, es decir, si satisface los criterios formales y materiales de validez. En este ámbito es en el que tendría, en su caso, cabida la lógica formal.

El papel de la **corrección o justificación externa**, consiste en controlar la solidez de las premisas. Aquí podemos identificar criterios formales y materiales de corrección. Sería el terreno en el que la motivación se vincula con la argumentación, es decir, la decisión debe ser resultado de un procedimiento de argumentación que respete los criterios de corrección del razonamiento práctico que no han sido incorporados como criterios de validez jurídica. Así pues, la *justificación interna* puede ser descrita como un **silogismo**, mientras la *justificación externa* llevaría a ofrecer las razones de por qué el silogismo se construye de una determinada manera.

2304 De hecho, en relación con este planteamiento tiene sentido la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*. Esta distinción supone diferenciar entre las operaciones que llevan a **descubrir una teoría** y los criterios que permiten presentar esa **teoría como válida**. La primera operación no está sometida a las reglas del método, que son las que suministran la pauta en relación con la segunda. Por ejemplo, en relación con la ley de la gravedad, dar cuenta del contexto de descubrimiento llevaría a contar el suceso de la siesta de Newton, pero la ley de la gravedad no se consideró válida durante tanto tiempo porque Newton fuera despertado por una manzana que cayó de un árbol, sino por reunir los requisitos que desde el paradigma dominante se exigen a una ley científica.

En el ámbito de la argumentación jurídica explicar el *contexto de descubrimiento* de una decisión está caracterizado por mostrar cómo se genera o se desarrolla una teoría. Y además, exige poner de manifiesto los **mecanismos** de diverso tipo -psicológico, sociológico,...- que influyen en la opción del operador jurídico.

El *contexto de justificación*, en cierto modo, es independiente de estos supuestos y depende de que la decisión satisfaga los **requisitos** que se consideran **necesarios** para ello. Estos requisitos, en el caso de los jueces -pero se puede hacer extensiva la reflexión a cualquier operador jurídico- dependen:

- del **concepto** de Derecho del que se parta. Es decir, para un positivista ideológico la respuesta será diferente que para un iusnaturalista; y

- del **modo** en que se conciba la función judicial, porque si se considera que el juez debe ser la «boca muda que pronuncie las palabras de la ley» es muy distinto que si se entiende que el Derecho no existe hasta que el juez no se pronuncie, es decir, que el juez sería creador del Derecho.

2306 Para entender el **razonamiento judicial** resulta útil destacar unas **características** claras del mismo, siendo las más relevantes:

1. Es **problemático** o, más bien, **tópico**, pues es elaborado alrededor o en relación con un problema (un caso de la vida real pensado *in abstracto* o, especialmente, *in concreto*) que debe ser resuelto por el juez. Es decir, junto al estudio razonado del caso, hay una parte de invención creadora y de decisión arbitraria. Toda sentencia tiene siempre, en algún grado, una función de creación.

2. Es **práctico**, puesto que su objetivo es llegar a soluciones en la medida de lo posible adaptadas a las singularidades de cada caso. Todo procedimiento judicial pretende que el juez llegue a una visión concreta de cada causa.

3. Es **axiológico**, ya que está fundamentalmente vinculado a los valores socialmente en vigor que cada Derecho positivo debe proteger y promover aún por encima de otros. En consecuencia, los juristas, y en concreto abogados y fiscales deben tener en cuenta esos valores, y se los plantean al juez, incluso intentando ofrecerle una visión de los mismos cercana a la **defensa de sus argumentos**. Y es el juez quien decide sobre la solución jurídica priorizando uno u otro valor. El olvido o el desconocimiento de esos valores en las decisiones judiciales o administrativas sitúan a estas como irrazonables, injustas e, incluso, contrarias al Derecho positivo vigente. Recordemos que todo ordenamiento jurídico debe adaptarse a los **valores socialmente dominantes**.

2308 **Formas de razonamiento: deductivo, inductivo y abductivo**

Se ha señalado que argumentar es dar razones desde un punto de vista principalmente justificativo. La lógica es un componente necesario del razonamiento jurídico, aunque como hemos visto, no suficiente para responder satisfactoriamente a todos los casos. Por ello, es preciso establecer las limitaciones de la **lógica formal** respecto del razonamiento jurídico argumentativo.

Se puede distinguir entre dos **tipos** de razonamiento, es decir, dos maneras diferentes de efectuar conexiones entre argumentos: la *deducción* y la *inducción*. Existe otro tipo de razonamiento menos estudiado que se denomina *abducción*.

2310 **Razonamiento deductivo**

Es una manera de razonar que se caracteriza por el hecho de que se efectúan inferencias deductivamente válidas a partir de determinadas reglas dadas previamente. La fuerza de la deducción depende exclusivamente de su forma, de su **verdad formal**. Consiste en un encadenamiento de premisas que tiene carácter analítico y no va más allá de la forma lógica, porque no amplía nuestro conocimiento empírico. Este razonamiento extrae las consecuencias necesarias a partir de las premisas. Se caracteriza por la certeza que proporciona y porque permite la determinación de los hechos, probando mediante la inferencia que **algo «debe ser»**. En este razonamiento, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión.

El razonamiento deductivo parte de la norma (N), después plantea un caso (C) y finalmente llega a la conclusión, que es el resultado (R). Pese al predominio explícito del razonamiento deductivo en el Derecho, lo cierto es que en la vida cotidiana muchas inferencias jurídicas no son de ese tipo. Por ejemplo, se infiere que alguien asesinó o robó a otro solo a partir de ciertos indicios particulares como pruebas periciales, testimonios, etc.

2312 El **silogismo** es la forma que adopta un razonamiento deductivo, y consta de 3 términos y 3 proposiciones.

Los **términos** serían:

- el **menor**: es el sujeto de la conclusión (s);
- el **mayor**: es el predicado de la conclusión (p); y
- el **medio**: es el que se repite en las premisa pero que no aparece en la conclusión.

Las **proposiciones** son:

- 2 premisas, siendo la **premisa mayor** que posee el predicado de la conclusión (p) y la **premisa menor**, que posee el sujeto de la conclusión (s); y
- la **conclusión**.

Para que un silogismo sea correcto debe someterse a **8 reglas**, 4 se refieren a los términos y 4 a las premisas.

A. Reglas **relativas a los términos**:

1. No puede haber más de tres términos: mayor, menor y medio.
2. Los términos no pueden tener mayor extensión en la conclusión que en las premisas.
3. El término medio se ha de tomar en toda su extensión, al menos en una premisa. Para las reglas 2 y 3 hay que tener en cuenta el siguiente principio: todo predicado de un juicio afirmativo es particular y todo predicado de un juicio negativo es universal.

4. El término medio no debe entrar en la conclusión.

#### B. Reglas **relativas a las premisas**:

5. Dos premisas afirmativas no pueden dar lugar a una conclusión negativa.

6. De dos premisas negativas no se sigue nada, no hay conclusión.

7. De dos premisas particulares no se sigue nada.

8. La conclusión sigue siempre la peor parte, de tal manera que:

- si una premisa es particular, la conclusión será particular; y

- si una premisa es negativa la conclusión será negativa.

#### 2314 **Razonamiento inductivo**

Es aquel donde la verdad de las premisas hacen la conclusión *más o menos probable*. En este sentido, los argumentos inductivos son **fuertes o débiles**. Lo que caracteriza entonces a la inducción es que el paso de las premisas a la conclusión no es un paso necesario y automático. Siempre es posible que aunque todas y cada una de las premisas sean verdaderas, sin embargo la conclusión sea falsa. La diferencia no es que la deducción vaya de lo general a lo particular, ni que la inducción vaya de lo particular a lo general, aquí son fundamentales **factores** como la relevancia, peso, buen juicio, economía, oportunidad, etc. Por esta razón los argumentos inductivos se suelen comprender dentro de la concepción *material* de la argumentación. Es un procedimiento racional que consiste en partir de un caso, de ahí a la conclusión de la observación y de ahí a la norma. Amplía nuestro conocimiento y conduce a nuevas ideas y como consecuencia de ello, no conduce a **conclusiones** necesarias a partir de las premisas, sino solo **probables**.

2316 En este razonamiento el punto de partida es el caso (C), después pasamos al resultado, mediante la reiteración o comprobación de varios casos (R) y finalmente se formula la norma (N). La **inducción** es una operación frecuente que se basa en la **observación cotidiana** y que permite la predicción de un hecho futuro a partir de un conocimiento ya adquirido.

El proceso de razonamiento es la vida diaria, que se basa en muchas ocasiones en inducciones y no en deducciones. La inferencia inductiva, a diferencia de la deductiva, no reposa en su forma. No extrae su **fuerza de la conexión** necesaria de las premisas, sino que la extrae de:

- la naturaleza del caso;

- el contenido de las premisas; y

- del conocimiento que añadimos.

#### 2318 **Razonamiento abductivo o hipotético**

En este la abducción lo que hace es invertir el orden del antecedente y el consecuente en la argumentación inferencial. Se parte de una **observación hecha** y se infiere retrospectivamente el antecedente del consecuente. Desde el punto de vista lógico constituye una *falacia*, que podría definirse como un «**mal argumento**» que parece bueno, en sentido amplio: un error en la argumentación, que *a priori* parece correcto, pero que al analizar más cuidadosamente se ve que no lo es. Es un esquema argumentativo que responde al razonamiento inductivo con una conclusión probable. Consiste en construir una hipótesis explicativa.

El razonamiento parte del resultado (R), después se formula una norma (N) y finalmente se concluye en el caso (C). Este razonamiento solo es cierto en el resultado, pero la norma o hipótesis y el caso, son meramente probables. Solo se sugiere mediante una **conjetura** que algo puede ser. La conclusión es insegura pero amplía nuestro conocimiento. Así pues, la abducción no es sino un proceso de formación de una hipótesis explicativa, pero es una operación lógica que introduce alguna idea nueva. Encuentra su justificación en la tesis de que a partir de una **hipótesis**, puede llevarse a cabo una deducción para extraer una predicción que puede probarse mediante inducción. La estructura de este razonamiento se distancia del plano lógico en sentido estricto, para situarse en el plano heurístico.

2320 El fundamento de la inferencia abductiva reside precisamente en el hecho de que la hipótesis explique o no con claridad los fenómenos en cuestión. Por lo tanto, la clave reside en determinar los criterios que guían la selección de los **caracteres relevantes** en el fenómeno, o explicar los mecanismos que permiten controlar la subsunción de dicho fenómeno en conceptos conocidos.

De esta manera se puede afirmar que la deducción prueba que «algo debe ser»; la inducción muestra que «algo es realmente operativo»; y la abducción, (que es un tipo de inducción que va de lo particular a lo particular), solo sugiere que «algo puede ser».

#### 2322 **Casos fáciles y casos difíciles**

Evidentemente, la **justificación** de las **decisiones judiciales** será diferente, e incluso más exigente según el caso ante el que se encuentre el juez. No es lo mismo un caso respecto del cual existe acuerdo en la comunidad jurídica



sobre cómo debe ser afrontado, es decir, un caso rutinario, que un caso en el cual no será suficiente la argumentación de tipo deductivo, sino que será necesario además argumentar con premisas que van más allá del silogismo deductivo y que basan su certeza en el carácter más o menos fundamentado de sus premisas. Se puede observar en este sentido que existen:

#### 2324 Casos fáciles

La justificación de las decisiones judiciales sería únicamente una cuestión de lógica, de lo que se ha llamado razonamiento deductivo. Se parte de premisas no discutidas, de ahí que no sea necesario aportar argumentos para avalarlas.

Esta es la categoría de **casos judiciales** más simples sobre la cual se ha intentado muchas veces reconstruir el razonamiento judicial, sin éxito, puesto que, solo se trata de uno de los tipos de casos que el juez debe resolver. Estos fracasados intentos de simplificar el proceso lógico judicial postulaban que el trabajo del juez consiste en desarrollar un simple silogismo donde la norma general es la premisa mayor, el hecho sometido a juicio es la premisa menor y la conclusión sería la sentencia. Pretender que aquí se agote la labor del juez en la elaboración de la **sentencia** es desconocer la complejidad del razonamiento judicial en los otros tipos de casos que exceden en mucho, este simple procedimiento aristotélico.

#### 2326 Casos difíciles

Un caso puede ser difícil por dos clases de razones, las cuales a su vez presentan otras bifurcaciones:

**a) Por razones normativas**, que pueden ser:

- **problemas de relevancia**: existen dudas sobre cuál es la norma aplicable al caso; y
- **problemas de interpretación**: la incertidumbre gira entorno a cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma.

**b) Por razones de hecho**, como:

- **problemas de prueba**: se plantean dudas sobre si ha tenido o no lugar un determinado hecho; y
- **problemas de calificación**: existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no en el campo de aplicación de determinado concepto.

En definitiva, un caso es difícil si existe incerteza. Ya sea porque existen varias normas que determinan sentencias distintas, porque son contradictorias o bien porque no existe la norma exactamente a aplicar.

En un Derecho mínimamente evolucionado los casos imposibles de resolver serían impensables. El material jurídico compuesto por diferentes tipos de normas, tales como reglas y principios, siempre resulta suficiente para dar solución correcta a los problemas que se presenten en el Derecho. Es decir, desde este planteamiento podemos pensar que el Derecho tiene plenitud.

2328 Y si partimos de considerar que en el ordenamiento jurídico podemos siempre encontrar la solución a cualquier caso, no tiene sentido pensar que realmente existan un tercer tipo de casos: los que se han denominado **casos trágicos**. Estos se han definido como aquellos casos que no pueden resolverse respetando tanto el Derecho establecido como los principios de justicia. Para su comprensión, se parte de la diferencia entre un **problema** y un **dilema**, enmarcándose los casos trágicos en el segundo. Así, en el *problema* la solución puede resultar compleja, pero se halla; mientras que en el *dilema* cualquiera sea la decisión que tomemos, siempre nos quedará la duda de que el otro camino también podía ser acertado. Evidentemente si negamos la existencia de estos *casos trágicos*, entendemos que estos serían reconducibles a *casos difíciles*, ya que la ponderación y la racionalidad del Derecho nos darían los instrumentos para elegir entre las opciones posibles.

2329 En definitiva, y como resumen de todo lo señalado, se puede afirmar que aunque se argumenta en Derecho en todos los ámbitos del quehacer jurídico, la argumentación que interesa principalmente es la que se produce en el **ámbito judicial**. Es en este ámbito donde hay que distinguir claramente que interpretar es encontrar una solución, mientras que argumentar es justificar la solución. Por ello, la argumentación judicial va más allá del **razonamiento deductivo** vinculado a la lógica formal. La labor del juez no es solo subsumir un caso a la norma, tiene una función más creadora, y esto supone la exigencia de motivar sus decisiones, además de basarse en criterios de corrección. La **motivación** cumple así un doble papel: hace aceptables las decisiones en Derecho siguiendo el principio de legalidad, y permite ejercer un control que las legitime lo cual mantiene una directa relación con la vigencia del sistema democrático, y el respeto al principio de igualdad formal.

# Técnicas de comunicación, oratoria, redacción y negociación

2350	<b>A. Técnicas de comunicación</b>	2352
	1. Fundamentos de la comunicación	2354
	2. La comunicación y el abogado	2368
	3. Procedimientos en la comunicación	2374
	4. Las herramientas al alcance del abogado	2400
	<b>B. Oratoria</b>	2426
	1. Discurso jurídico. Errores comunes y soluciones prácticas	2428
	2. Reglas prácticas de oratoria	2458
	3. La oratoria en los tribunales	2506
	<b>C. Redacción</b>	2550
	1. Directrices generales para una redacción clara	2552
	2. Directrices específicas para una redacción clara	2568
	3. La corrección en el lenguaje jurídico	2660
	<b>D. Técnicas de negociación</b>	2700
	1. Concepto de negociación y elementos básicos que caracterizan todo proceso de negociación	2702
	2. Tipos de negociación	2710
	3. Los siete elementos del proceso de negociación	2716
	4. Dilemas del negociador	2732
	5. Decálogo de la negociación metódica y persuasiva. Errores frecuentes	2742
	6. Metodología de la negociación: preparación y habilidades del sujeto eficaz	2746

## A. Técnicas de comunicación

2352	<b>1. Fundamentos de la comunicación</b>	2354
	a. El papel estratégico de la comunicación	2356
	b. ¿Comunicación vs. «marketing»?	2358
	c. La gestión de la reputación	2364
	<b>2. La comunicación y el abogado</b>	2368
	a. El abogado como individuo	2370
	b. El abogado como miembro de un despacho colectivo	2372
	<b>3. Procedimientos en la comunicación</b>	2374
	a. El manejo de la información	2376
	b. La relación con los medios y demás interlocutores	2382
	c. Comunicación de crisis	2386
	<b>4. Las herramientas al alcance del abogado</b>	2400
	a. Medios «offline»: la vieja escuela	2402
	b. Medios «online»: la revolución 2.0	2414
	c. Relaciones institucionales	2424

### 1. Fundamentos de la comunicación

2354 Se tiende a olvidar la importancia que la comunicación desempeña en nuestras vidas. El ser humano es un **ser eminentemente social**, y como tal necesita comunicarse (de forma verbal y no verbal) para desarrollar sus relaciones afectivas, profesionales, comerciales, etc. La comunicación nos ayuda, por lo tanto, a desenvolvemos en nuestro

día a día y es la herramienta que nos permite generar percepciones y expectativas en nuestros semejantes: qué dicen de nosotros, qué piensan de nosotros, qué esperan de nosotros, etc. De hecho, **el acto de comunicar** es tan importante para el ser humano y condiciona tanto su existencia que un estudio científico publicado recientemente en *Archives of Internal Medicine* ha confirmado que las personas solitarias tienen una mayor probabilidad de vivir menos tiempo que aquellas personas que disponen de más relaciones sociales. Por lo tanto, y dicho de forma vehemente, la comunicación para los individuos es **fuerza de vida**.

Del mismo modo, la comunicación también es vital en el entorno corporativo. Como entes dinámicos y autónomos, las empresas deben gestionar cuidadosamente las relaciones con los empleados, con otras empresas o entidades, con los clientes o consumidores, con las AAPP, etc. Con el tiempo, esas relaciones generan las percepciones y las expectativas que construyen la reputación de la empresa, que -como bien sabemos- es el mayor activo de cualquier compañía. Por lo tanto, la comunicación en la empresa, sea cual sea su **naturaleza** y su **objeto**, también es primordial por la incidencia directa que tiene tanto en las relaciones con otros agentes como en el proceso productivo.

#### a. El papel estratégico de la comunicación

2356 Con el paso del tiempo, la comunicación en las empresas, o comunicación corporativa, ha pasado de ser una mera función informativa a ser una función estratégica que contribuye a la obtención de resultados al mismo nivel que otras funciones relevantes, como la gestión financiera o la gestión de recursos humanos. El profesor Joep Cornelissen, de la Leeds University Business School, define la **comunicación corporativa** como «una función de la gestión de una empresa que ofrece el marco adecuado para coordinar de forma efectiva la comunicación interna y la comunicación externa, con el objetivo final de establecer y mantener una reputación positiva ante los agentes económicos con los que interactúa la empresa».

En consecuencia, la estrategia de comunicación debe estar milimétricamente ligada a la estrategia de negocio, para asegurar la coherencia entre lo que hacemos y lo que decimos. Una empresa con una **estrategia de negocio** expansiva necesitará inevitablemente una estrategia de comunicación también expansiva, del mismo modo que una compañía con una estrategia más restrictiva necesitará una estrategia de comunicación igualmente restrictiva para encontrar la coherencia entre su modelo de negocio y las acciones de comunicación.

La importancia estratégica de la comunicación radica también en la **multiplicidad de grupos de interés** («*stakeholders*») a los que debe dirigirse cada empresa. Por ello, es importante distinguir entre dos grandes tipos de receptores: los internos y los externos. La comunicación interna ejerce una función determinante para los directivos de primera línea en tanto que les permite informar sobre el buen funcionamiento de la compañía, transmitir valores y objetivos, acercarse a todos los públicos internos para fomentar su motivación, etc. La **comunicación externa** es aquella que permite dirigirse al mercado, entendiendo por ello el conjunto que engloba a clientes y consumidores, a los competidores, a la opinión pública, a la Administración, etc.

Por lo tanto, el componente estratégico de la comunicación corporativa viene dado por la consideración agregada del emisor (empresa), del canal empleado (medio), del objeto (mensaje), del receptor (grupos de interés) y del impacto (resultado). Tan solo la confluencia de estos **factores**, debidamente **alineados** con la estrategia de la empresa, permite comprender la importante función que la comunicación cumple en la empresa moderna.

#### b. ¿Comunicación vs. «marketing»?

2358 La gestión de la comunicación corporativa, en cuanto que ventana externa de una empresa, no es un concepto novedoso, ya que existe desde el nacimiento de las primeras sociedades mercantiles. Sin embargo, la **modernización** de la sociedad, principalmente a través de la industrialización de los siglos XVIII y XIX, generó nuevas y más complejas organizaciones, con nuevas y más complejas necesidades de comunicación.

#### 2360 Comunicación y «marketing» en el siglo XX

En 1978, los profesores Philip Kotler y William Mindak escribieron un artículo académico en el *Journal of Marketing*, titulado «Marketing and Public Relations: should they be Partners or rivals?», en el que repasaban la relación entre comunicación y *marketing* a lo largo del siglo XX y predecían un cambio paulatino hasta llegar a un punto de integración que dominaría en los años 80 y siguientes. Kotler y Mindak justificaban la separación entre comunicación y *marketing* argumentando que la comunicación existe para generar fondo de comercio («*goodwill*») con los distintos públicos de una empresa para que dichos públicos se alineen con los objetivos de la empresa; el *marketing*, sin embargo, tiene como finalidad servir y satisfacer las necesidades de los **consumidores** generando un beneficio para la empresa.

No obstante, a partir de los años 80 aparecieron fisuras en el modelo separatista y se dio paso a un modelo más integrador que desembocaría en una indisoluble complementariedad entre ambas materias. Hoy en día, la comunicación y el *marketing* son dos patas inseparables de una misma estructura, que dependen de forma directa de los máximos responsables de cada organización y que están estrechamente ligadas a la toma de **decisiones**

**estratégicas.** Algunas entidades fusionan ambas disciplinas bajo una única función directiva, mientras que otras organizaciones mantienen una separación fáctica, aunque las coordinan estrechamente.

### 2362 Comunicación y «marketing» en los despachos de abogados

En los despachos de abogados, estas prácticas hacen su aparición de una forma mucho más tardía que en otras industrias. La abogacía, como **profesión liberal**, ha tenido siempre un fuerte componente de artesanía y se ha emparentado en sus inicios a la vida académica como fuente de creación del Derecho. Pero el modelo tradicional del abogado multidisciplinar, consejero y humanista, e informativamente opaco, ha dado paso de forma paulatina a un modelo más corporativo y aperturista, en el que los proyectos individuales de un solo abogado se convierten en proyectos colectivos con decenas de juristas que buscan satisfacer las necesidades de crecimiento de sus clientes. Del mismo modo, la visión tradicional mediante la cual el abogado, «sentado en su despacho», recibía a los clientes y aceptaba sus asuntos se desvanece ante un mundo competitivo y exigente en el que el abogado además de prestar asesoramiento legal debe salir a la calle a conseguir nuevos clientes. Todo ello añadido a la necesidad de acometer una serie de **tareas** hasta el momento desconocidas para el abogado, como la contabilidad, el control de la gestión, los recursos humanos, el *marketing*, la comunicación, etc. Este cambio de paradigma marca el momento en el que los despachos de abogados se convierten en empresas de **servicios jurídicos profesionales**, en las que cohabitan una serie de funciones de apoyo al ejercicio cuya gestión debe ser profesionalizada.

El nacimiento de los departamentos de *marketing* o de comunicación en las firmas de abogados se produce en Estados Unidos en los años 80, con la recolocación de empleados de las firmas que, buscando un cambio profesional, empiezan a asumir otras funciones (p.e. la organización de eventos). Más tarde, al alba de los años 90, esas funciones se empiezan a profesionalizar con la contratación de personas formadas y dedicadas a tales **disciplinas**, estela que rápidamente siguen durante esa década muchas de las más importantes firmas inglesas. En España, esta ola de profesionalización no llega hasta los primeros años del siglo XXI, cuando muchos despachos empiezan a asumir con timidez la necesidad de estructurar y de gestionar con la máxima eficiencia sus políticas de desarrollo de negocio y de comunicación. Así, la comunicación y el *marketing* coexisten (juntas o separadas) hoy en día en las firmas de abogados y forman parte ineludible del **mapa directivo** de los despachos, contribuyendo al logro de los objetivos marcados en la estrategia general.

#### c. La gestión de la reputación

2364 Jeff Bezos, CEO y fundador de «Amazon.com», definió la reputación como «aquello que otros dicen de ti cuando ya no estás en la habitación». Esta representativa definición nos permite entender una cuestión fundamental en lo que atañe a la reputación: esta no es construida por las propias empresas, sino que nace de los ojos y de las bocas de aquellos que tienen relación con esas empresas. Por lo tanto, son las **percepciones** y las **expectativas** generadas en otros las que moldean nuestra reputación.

En una definición más técnica de lo que podemos entender como reputación, el profesor Graham Dowling decía que «la reputación es el conjunto de significados por los que una empresa es conocida, y mediante los cuales las personas recuerdan, describen o se relacionan con dicha empresa. Es el resultado neto de la interacción entre las creencias, los sentimientos, las ideas y las impresiones que una persona tiene sobre una organización. Una compañía no tiene una reputación, son las personas quienes ostentan las reputaciones sobre esa compañía». Una **reputación positiva** funciona, por tanto, como un imán, pues genera una atracción en los públicos externos y permite atraer y retener mejor a los públicos internos. Pero una **reputación negativa** actúa en la dirección radicalmente opuesta: supone un freno para la generación de negocio y de nuevas relaciones, desmotiva a los empleados y cercena la actividad comercial de la empresa.

2366 Si la reputación es substancial en cualquier empresa, lo es más en el caso de empresas proveedoras de servicios profesionales. Las **empresas manufactureras** poseen la gran ventaja de amparar su reputación en un producto, la mayoría de las veces palpable, que permite al consumidor vincular las percepciones y las expectativas a sensaciones físicas: el tacto, el gusto, el olfato, la alegría, la tristeza, etc. Sin embargo, las empresas de servicios, y especialmente las de servicios profesionales, no pueden resguardar su reputación -y, por lo tanto, las experiencias de sus clientes- en sensaciones tangibles. La **intangibilidad** de los servicios profesionales condiciona su existencia a la confianza y la credibilidad que en esos servicios depositan los clientes. Un asesoramiento legal no sabe, no huele y no se puede palpar. Un asesoramiento legal nace de la confianza y de la credibilidad que un cliente deposita en el asesor o en el despacho que contrata, y que a su vez proviene, en muchísimas ocasiones, del relato cercano de alguien que también depositó en su día su confianza y su credibilidad en esa persona o entidad. Y así, sin una existencia palpable, los despachos de abogados cimentan su sostenibilidad en la reputación que genera su entorno.

La reputación nace, por consiguiente, de la influencia ejercida por la información con base en la **experiencia personal** de cada uno, en la experiencia de personas muy cercanas (amigos, colegas, etc.) y en la experiencia transmitida en medios de comunicación masiva (publicidad, opinión, etc.).

En un mundo vertiginoso, en el que nuestro entorno cambia a diario y en el que las relaciones de los individuos y de las compañías trascienden fronteras hasta hace poco tiempo inimaginables, es absolutamente imprescindible cuidar la comunicación como una de las herramientas que más influencia ejercen sobre la reputación.

## 2. La comunicación y el abogado

---

2368 Hasta el momento se ha analizado la importancia que la comunicación presenta para las empresas en general. Llegados a este punto, es interesante descender hasta la trinchera para conocer el **papel** que puede desempeñar el **abogado** en la **comunicación**, ya sea en un entorno individualista o en un entorno colectivo.

### a. El abogado como individuo

2370 El abogado, en términos generales, asume una serie de funciones que le convierten en una suerte de hombre orquesta. Haciendo un paralelismo industrial, el abogado hace acopio de las **materias primas**; confecciona el producto con esas materias, junto con los recursos humanos y financieros necesarios; empaqueta el producto; comercializa el producto; gestiona la postventa del producto y ofrece, además, el servicio de garantía. El abogado asume, por tanto, la ejecución de la mayoría de los **eslabones del proceso** productivo y, como tal, es responsable último de las acciones de comunicación.

En el caso del abogado como individuo, la reputación generada por otros será la reputación que fomentará su **credibilidad**. Para ello, tiene a su alcance múltiples medios y herramientas -que veremos más adelante- que le permiten influir en sus distintos públicos con el fin de consolidar su supervivencia.

### b. El abogado como miembro de un despacho colectivo

2372 Los despachos colectivos están formados por varios abogados individuales que ejercen la profesión en beneficio de un **proyecto común**. El abogado en colectividad sigue asumiendo el papel de hombre orquesta en la elaboración del servicio, pero puede empezar a delegar algunas funciones (comunicación, recursos humanos, *marketing*, etc.) en los departamentos de apoyo profesional que han ido naciendo en los despachos.

Sin embargo, esto **no le exime de responsabilidad** en materia de comunicación. Si bien ya no tiene que asumir cuestiones del día a día que son delegadas en los profesionales del ramo, el abogado colectivo sigue siendo un potencial comunicador cuya reputación individual se vincula además a la reputación colectiva. Aquello que cada uno hace público en los medios o en Internet tiene un **efecto directo en su reputación**, pero también afecta a la percepción general que del colectivo se tiene. De hecho, cuanto más grande es el colectivo al que pertenecemos, mayor será nuestra responsabilidad y más tendremos que velar por el bien común.

En los sistemas colectivos, también adquiere especial relevancia la **comunicación interna** como herramienta fundamental para mantener la cohesión del grupo y para transmitir información, valores, filosofía, misión y visión, etc. Los sistemas colectivos son sistemas complejos que aglutinan a múltiples individuos, y cada uno de esos individuos tiene percepciones y expectativas que deben ser cuidadas. Por ello, la comunicación interna, cimentada en los directivos o dirigentes, es la que permite mantener la cohesión del proyecto y conseguir que todos los integrantes remen en la **misma dirección**. En estos casos, los «llaneros solitarios» suelen ser contraproductivos, incluso en materia de comunicación, pues navegan a contracorriente y tienen más posibilidades de poner en jaque la reputación colectiva en detrimento de su propia reputación.

## 3. Procedimientos en la comunicación

---

2374 Para conseguir la máxima eficiencia en la comunicación, es importante saber **qué** se quiere **contar** (nuestra historia) y **cómo** se quiere **contar** (medio elegido). Para ello, conviene recordar algunas pautas de gran utilidad a la hora de elaborar el mensaje y de gestionar la relación con los medios que lo difundirán.

### a. El manejo de la información

2376 La comunicación es una magnífica herramienta para que cualquier empresa transmita los mensajes que considera más oportunos en cada momento.

Pero transmitir un mensaje no es simplemente divulgar contenido. En un mundo en el que existen tantos emisores y receptores, tantos mensajes y tantos canales, es importante **generar valor** para que el mensaje alcance su objetivo y

llegue al público deseado produciendo una emoción. Esa emoción generada es la que deja una huella suficientemente importante como para situar al emisor (empresa) en un lugar prioritario en la mente del receptor (cliente o consumidor).

Estudios en neurociencia amparan que **contar una historia** («*storytelling*») es la mejor forma que tenemos de comunicar un mensaje. Las personas no suelen conmoverse con datos, con cifras o con estadísticas. Las personas se conmueven fácilmente con emociones, y para ello no hay nada mejor que empezar a contar algo con «Érase una vez...».

Jonathan Gottschall, en el fantástico libro «*The Storytelling Animal: How Stories Make Us Human*», explica cómo las **historias mueven a la humanidad** y cómo, por tanto, los mensajes que mejor calan son aquellos que se transmiten en forma de historia. Una novela inolvidable, una canción irreplicable, una película impactante... cuentan una historia y dejan un recuerdo imborrable en las mentes de aquellos que se sintieron conmovidos. Del mismo modo, las empresas también pueden conmover y emocionar, y encontrar así un lugar especial en las **mentes** de sus **consumidores**.

Además, la sensación de hastío generalizado motivado por la crisis que atravesamos ha provocado una falta de historias bonitas que agudiza la necesidad de llegar a la gente haciéndola partícipe de nuestro cuento. Incluso los despachos de abogados, en contra de lo que pueda parecer, tienen **historias bonitas** que contar. Simplemente hay que pararse y mirarse al espejo para buscar un hilo del que tirar.

**2378** A nivel más práctico, existen distintas **herramientas** mediante las que se puede contar nuestra historia:

- **Nota de prensa:** permite dar a conocer novedades relacionadas con el despacho. Debe ser concisa y efectiva, por lo que es preciso agudizar el ingenio para transmitir un buen mensaje en poco espacio. Las redacciones de los medios reciben cientos de notas de prensa cada día, por lo que solo enviaremos notas relacionadas con aquellos hechos que sean verdaderamente noticiosos.
- **Rueda de prensa:** la rueda de prensa es un formato presencial, en el que los medios acudirán al despacho para conocer algún hecho noticioso de trascendencia. Es, además, un **formato participativo**, puesto que los periodistas harán preguntas que tendremos que atender. Por lo tanto, la rueda de prensa permite crear una historia con la interacción directa de los medios. Los medios serán convocados con suficiente antelación, y el día de la rueda de prensa recibirán un dossier informativo con el contenido que se va a desarrollar. Será importante hacer llegar ese contenido a aquellos medios que finalmente no hayan podido acudir de forma presencial y trasladarles, de la mejor forma posible, la historia que subyace.
- **Declaración como experto:** a petición de los medios o por iniciativa propia, los abogados podrán aportar conocimiento en forma de **declaraciones** en determinadas piezas informativas, siendo o no citados en función de las circunstancias y exigencias de cada situación.
- **Entrevista:** Es, sin ninguna duda, la mejor forma de transmitir una historia. El entrevistado tiene la oportunidad de contar esa historia en primera persona, apoyado generalmente por fotos y demás materiales, y, por lo tanto, puede ejercer directamente de «**cuéntacuentos**». Sin embargo, es importante no agotar esta herramienta: solo deben realizarse entrevistas puntuales en momentos de gran trascendencia para la firma. Una excesiva presencia mediática en forma de entrevistas puede diluir la trascendencia de nuestros mensajes y minimizar nuestra credibilidad.

**2380** El **emisor** del mensaje es quien posee la información y, por lo tanto, quien tiene el deber y la responsabilidad de transmitir esa información con veracidad, con transparencia, **con respeto y sin manipulación**. Como ostentadores de dicha información, es importante que se sepa decir «no» cuando se considere oportuno o cuando las circunstancias específicas lo recomienden. No hay obligación ninguna, frente a los medios, de divulgar información que no quiera ser divulgada.

Cuando un periodista acuda a nosotros en busca de información, se dispondrá de distintos **niveles de colaboración** con los que interactuar:

1. Colaboración **total:** colaboramos aportando información sin contraindicaciones, incluso bajo la posibilidad de ser citados literalmente como fuente.
2. Colaboración **anónima:** colaboramos y aportamos información que podrá ser utilizada públicamente, pero sin citarnos como fuente, manteniendo por lo tanto el anonimato.
3. Colaboración en «**off the record**»: el «**off the record**» o **atribución con reserva total** nos permite contextualizar una noticia aportando información que permita al periodista tener una visión panorámica sobre un tema concreto, pero que no podrá ser publicada de forma literal por el periodista.

#### b. La relación con los medios y demás interlocutores

**2382** Eugenio Scalfari, uno de los grandes periodistas del siglo XX y fundador del diario italiano *La Repubblica*, definió una vez al periodista como «gente que cuenta a la gente lo que le pasa a la gente». Ese deber de informar del periodista confluye con la necesidad de contar de la gente. Y, de ese modo, se crea la ya legendaria **relación entre periodista y**

**fuerse.** El periodista necesita información, y la fuente, generalmente, busca difusión. Por lo tanto, siempre que exista un respeto mutuo, hay un interés común que cimienta la relación y del que ambas partes buscan extraer **beneficios**.

Existe la tendencia generalizada de demonizar a los medios de comunicación. Con frecuencia son considerados oportunistas, partidistas, manipuladores, etc. Sin embargo, y sin entrar en consideraciones éticas o ideológicas, es importante entender el fin último de los medios para contextualizar sus relaciones con el entorno. Además de ser un canal de difusión masiva, los medios también son empresas, y como tales tienen objetivos financieros que deben cumplir para **satisfacer** las **expectativas** de sus accionistas. Por lo tanto, los medios necesitan transmitir información mediante la obtención de un beneficio (venta de periódicos, aumento de las cuotas de oyentes o de audiencia, mejora de los ratios de usuarios y de visitantes, etc.), del mismo modo que los despachos de abogados necesitamos vender servicios jurídicos o que otras empresas necesitan vender otros bienes o servicios. Esa necesidad no puede satisfacerse, sin embargo, a cualquier precio. Por ello, la profesión periodística está amparada, como muchas otras, por unas estrictas **normas deontológicas** que protegen tanto al periodista como a la fuente de cualquier abuso que la misma condición humana pueda pretender. Recomendamos conocer esos principios deontológicos para entender los derechos y obligaciones que resguardan a la profesión periodística.

2384 En cuanto al contacto con los medios, es importante mantener una estrecha relación con ellos. La relación entre periodista y fuente alcanzará sus cotas más gratificantes cuanto mayor sea la **confianza mutua** que se genere. Por ello, debemos cuidar esa relación como cualquier otra relación profesional, atendiendo a las llamadas en el tiempo debido, prestando la ayuda pertinente en cada caso, mostrando transparencia y educación, etc.

Tradicionalmente, ha sido conocida la dinámica de los medios por la que los contactos se llevaban a cabo por las mañanas, y las tardes se dedicaban a escribir y a cerrar la edición del día siguiente. Esto sigue siendo así para los diarios y revistas en papel, pero se empieza a modificar con los **medios digitales**, dado que no tienen cierres de edición, sino que suben el contenido a la red de forma constante. Otros medios, como la radio o la televisión, funcionan más a demanda en función de las necesidades que les imponga «el directo».

### c. Comunicación de crisis

2386 Warren Buffet, magnate de las finanzas de origen norteamericano, dijo una vez que «se tarda veinte años en construir una buena reputación y solo cinco minutos en destruirla». Por lo tanto, para evitar las crisis es fundamental velar por el **mantenimiento de una buena reputación** que mantenga percepciones y expectativas positivas entre nuestros grupos de interés.

### 2388 Cómo identificar una crisis

Es importante definir, antes de avanzar, lo que se puede entender como crisis en el entorno corporativo y cómo afecta al ámbito de la comunicación. Para ello proponemos una serie de **características** que nos orientarán a la hora de diferenciar una crisis de otras situaciones negativas que se pueden producir en una empresa:

- **Única:** las crisis son situaciones únicas e irrepetibles (aunque las causas de dos crisis distintas fuesen similares), ajenas a la cotidianeidad y que rompen el equilibrio de la organización.
- **Sorpresa:** las crisis, sea cual sea su origen, siempre cuentan con un fundamental elemento sorpresivo. Por ello es importante la prevención, para contar de antemano con planes de contingencia que nos permitan minimizar las consecuencias.
- **Ausencia de información:** como consecuencia de los dos elementos anteriores, las crisis se caracterizan por ofrecer muy poca información, especialmente en los primeros instantes de su desarrollo.
- **Amenaza:** debido al efecto amplificador inherente a las crisis, estas suponen una amenaza rápida tanto para la reputación de la empresa como para otros elementos, como la continuidad del negocio, el entorno social y medioambiental, la relación con proveedores, la integridad física de las personas, etc.
- **Rápido desencadenamiento de eventos:** los elementos anteriores explican que en los momentos de crisis las circunstancias se sucedan a velocidades vertiginosas, lo que acorta el tiempo de respuesta y de toma de decisiones.
- **Escrutinio público:** las crisis, en tanto que situaciones espontáneas y negativas, intensifican el escrutinio público hacia la empresa y sus directivos.

2390 También existen muchas formas de clasificar las crisis, aunque por el bien de la concreción consideramos interesante tener al menos clara la distinción entre:

- las «**crisis evitables**» -se conocían los factores de riesgo, pero no se actuó con la debida diligencia para controlarlos o anularlos: p.e. un caso de negligencia o de error humano- y «las **crisis inevitables**» -no se conocían los factores de riesgo ni se podía pronosticar la crisis en toda su magnitud: p.e. un accidente o un desastre natural-; y

- las «**crisis endógenas**» -promovidas por causas internas en la organización: p.e. un conflicto social o sindical, un fallo productivo, un accidente, etc.- y «las **crisis exógenas**» -causadas por elementos ajenos a la organización, como un desastre natural, un atentado, una crisis bursátil, etc,...-.

Las empresas -despachos de abogados en nuestro caso- deben contar con planes de contingencia que les permitan prever posibles situaciones de crisis y orquestar el modus operandi tendente a **resolver** cuanto antes esas **crisis**.

### 2392 El conflicto

Para facilitar la realización de un **análisis de riesgos** y prever, en la medida de lo posible, futuras crisis existen estudios académicos que establecen una relación directa entre un conflicto («*issue*») y una crisis. Según estas teorías, muchas crisis tienen como raíz un conflicto previo que al no ser atajado en el debido momento tiende a desembocar en una crisis. Por ello, es primordial que las empresas lleven a cabo el análisis de riesgos que les permita identificar los conflictos existentes o que se pueden producir en toda su actividad y en combinación con todos sus «*stakeholders*».

Siguiendo lo establecido por el profesor Joep Cornelissen, la transformación de un conflicto en crisis se suele producir en cuatro **fases**:

2394 a) **Latente**: el problema se conoce y se monitoriza; el riesgo está controlado y se prevén sus posibles consecuencias.

b) **Activo**: el problema sale de su fase de letargo y se activa en el seno de distintos grupos de interés por algún motivo concreto (un malestar interno, una fuga de información, una noticia en un medio, un «*trending topic*» en redes sociales, etc.). En este punto, la empresa debe mostrarse activa para frenar el avance del conflicto.

c) **Intenso**: el problema ya es notorio, ha trascendido y está «en boca» de otros actores, y requiere de una acción inmediata para evitar su transformación en crisis.

d) **Crisis**: no hay marcha atrás; cuando el problema intenso se convierte en crisis, deben entrar en funcionamiento todos los protocolos preestablecidos para gestionar la situación.

Las fases «latente» y «activo» permiten a las empresas **monitorizar** y **controlar** los **conflictos** antes de que sean demasiado graves. Sin embargo, las fases «intenso» y «crisis» implican unos riesgos claros y unos daños potenciales que requieren una actuación rápida y contundente por parte de la empresa.

### 2396 Cómo reaccionar ante una crisis

Es interesante recordar rápidamente algunos conceptos claves para afrontar una crisis con solvencia y minimizar las consecuencias:

- **Información**: una vez desencadenada la crisis, es fundamental no especular. Se ha visto que los primeros instantes se caracterizan por una ausencia de información. Por ello, se debe informar sobre lo que se sabe, aunque sea poco, y sobre las medidas que se están adoptando. Asimismo, es primordial mantener **abierto**, de forma constante, un **canal de comunicación** mediante el cual podamos informar puntualmente sobre cualquier novedad, por nimia que pueda resultar.
- **Transparencia**: es absolutamente crucial ser transparente en todo momento y con todos los grupos de interés. La transparencia de las fuentes «oficiales» (directamente implicadas en la crisis) aporta **solvencia** y **seriedad**, y ayudará a evitar la rumorología, que siempre resulta enormemente dañina en estas situaciones.
- **Sinceridad**: no se debe mentir, bajo ningún concepto y en ningún caso. Se debe fomentar la **confianza** y la **credibilidad** de todos los agentes involucrados. Siempre es mejor asumir la responsabilidad de una situación y adoptar soluciones efectivas que eludir esa responsabilidad y generar desconfianza.
- **Dar la cara**: será imprescindible que la **empresa** sea «**visible**» y esté a disposición de cualquier público interesado. En este punto, ayudará la designación previa, en el plan de contingencias, de un portavoz que pueda asumir esta función con solvencia.
- **Cercanía**: mostrarse cercano con los afectados, con los medios, con los clientes, etc. Si bien las crisis evitables suelen generar recelo y enfado, y las crisis inevitables suelen generar empatía, la cercanía en cualquier situación ayuda a aplacar cualquier sentimiento negativo y genera **sensación de comunidad** entre todos los afectados.

2398 Hoy en día, el auge de Internet y de los medios sociales magnifica la intensidad de los conflictos y de las crisis. En momentos de conflicto intenso o de crisis, los «*stakeholders*» tienen a su alcance mucha información (disponible al minuto en Internet) y una enorme capacidad de influencia y de propagación debido a la **viralidad (efecto de contagio)** inherente a los medios digitales y sociales. La empresa, sin embargo, tiene menos tiempo de reacción, más responsabilidad frente a un mayor número de públicos y muchos elementos en juego. Un entorno comunicativo complejo, con canales y medios sofisticados, requiere de soluciones y de respuestas igualmente sofisticadas. Por ello, la prevención, la articulación de planes de contingencia y la monitorización de conflictos se tornan hoy, más que nunca, en **aliados** fundamentales para minimizar el impacto de potenciales crisis.



Para comprender la importancia de detectar y atajar un problema antes de que se convierta en crisis, recomendamos el estudio del caso **Dell Hell** y del bloguero Jeff Jarvis, que se produjo en los años 2005-2006 y sobre el cual existe amplia información en la red.

#### 4. Las herramientas al alcance del abogado

---

2400 Los **medios de comunicación masiva**, o «*mass media*» conforme a su denominación anglosajona, son aquellos medios que se utilizan para comunicar de forma conjunta a una gran audiencia. Si bien la comunicación alcanza su mayor grado de eficiencia cuando se lleva a cabo entre un único emisor y un único receptor, en el complejo mundo en que vivimos y ante el imperio de la **globalización**, la única forma de llegar a grandes multitudes nos la brindan los medios de comunicación masiva. Sin embargo, desde el comienzo de la actual crisis, en el año 2007, los medios atraviesan momentos de máxima incertidumbre. A la crisis económica coyuntural se suma una crisis estructural del sector de la comunicación, propiciada por el auge de la comunicación digital, el declive de la inversión publicitaria en los medios convencionales y la puesta en duda del actual modelo de negocio.

Tradicionalmente, se han considerado medios de comunicación masiva la prensa escrita, el libro, la radio, el cine y la televisión. Sin embargo, el **auge del mundo digital** ha fomentado la inclusión en esa lista de Internet y sus plataformas (medios digitales, redes sociales, etc.) como gran exponente de la comunicación de masas, e incluso se contempla la consideración del teléfono como medio de comunicación masiva debido a las posibilidades de acceso a Internet que ofrecen los modernos dispositivos.

No se puede olvidar, como otra importante herramienta que veremos más adelante, las denominadas «**relaciones institucionales**» de un abogado o de un despacho, como conjunto de relaciones que cada ente mantiene con otras entidades del entorno en el que opera y mediante las cuales también genera una influencia decisiva en su reputación.

##### a. Medios «offline»: la vieja escuela

#### 2402 Prensa escrita

La prensa escrita se divide en **diarios y revistas**. Los diarios, principalmente los de carácter económico, suelen ser interesantes plataformas de comunicación para los despachos de abogados. Las operaciones corporativas, los procedimientos judiciales mediáticos, los asuntos de carácter laboral o los de índole fiscal suelen ser, entre otros, temas que despiertan el interés de los medios y en los que el aporte técnico por parte de los abogados tiene gran cabida. De ese modo, mediante declaraciones en **calidad de experto** o mediante la publicación de tribunas, los despachos pueden generar opinión, lo que les permitirá alimentar su reputación. No debemos olvidar que los periodistas son profesionales de la comunicación y de la escritura, pero no lo son del Derecho, y por lo tanto no tienen por qué conocer ni entender los detalles jurídicos de muchos asuntos sobre los que escriben. En ese contexto, los despachos pueden aportar mucho valor a los medios llevando a cabo una labor meramente explicativa. Sin embargo, el cumplimiento de las normas deontológicas debe impedir en todo momento que un abogado haga un **uso publicitario** de la información sobre un cliente o sobre un asunto. El abogado sí puede hablar ante los medios, si es necesario, de un cliente o de un asunto, especialmente en procedimientos judiciales en los que se producen juicios mediáticos paralelos. Pero incluso en tales situaciones, el abogado deberá respetar encarnizadamente el **secreto profesional** y el **deber de confidencialidad** que ampara la relación con su cliente.

En lo referente a las revistas, el mundo jurídico cuenta con numerosas publicaciones especializadas, ya sean del sector en general o de un tipo de práctica jurídica concreta. Estas publicaciones, al ser más técnicas, permiten profundizar más sobre detalles específicos y fomentan que los abogados se explayen más a la hora de sentar **doctrina**. Al tratarse de revistas especializadas, no llegan a un público tan cuantioso como los diarios, pero sí permiten acceder a un **público más selecto** y exigente que busca información precisa sobre determinados aspectos legales.

En el caso de despachos que cuenten con una estrategia de desarrollo internacional, será igualmente importante tener en consideración tanto a los diarios económicos internacionales (a efectos de mera exposición) como a las publicaciones extranjeras más relevantes del sector. Estos medios, así como los conocidos Directorios Legales (como *Chambers*, *Legal 500*, *IFLR*, *Best Lawyers*, etc.), ayudarán a **posicionar al despacho** en el ámbito internacional y a mejorar la reputación que ese despacho tenga ya gracias a la calidad de su trabajo.

#### 2406 Libros

Debido a la vinculación del Derecho con el mundo académico como fuente creadora de Derecho, la edición de libros jurídicos también constituye una interesante plataforma de comunicación masiva. Los libros o manuales permiten sentar cátedra en relación con determinadas materias y convertir a sus autores en expertos de referencia en ellas. Los abogados o despachos que producen **literatura científica** tienden a mantenerse más en la vanguardia del Derecho, innovando en el asesoramiento legal y multiplicando el valor añadido a los clientes.

## 2408 Radio

La función principal de la radio ha sido siempre la de informar, aunque con el tiempo se añadieron nuevas funciones, como la de entretener, principalmente con la difusión de música. Además, la radio también ha conseguido influir en los **hábitos de consumo** de los **oyentes** al adoptar un papel publicitario de innegable valor.

De cara al sector legal, es un medio en el que los abogados pueden aportar conocimiento como expertos (participando, por ejemplo, en tertulias informativas). Sin embargo, dado que la radio generalmente retransmite en directo, es importante que la persona que participe en cualquier programa tenga dotes de **comunicador** para dar la información precisa en mensajes cortos y claros, y que tenga capacidad de improvisación para saber manejar cualquier pregunta «fuera del guion» que pueda surgir.

## 2410 Cine

Por su capacidad de llegar a públicos de naturaleza muy distinta, el cine ha sido considerado durante mucho tiempo como el medio de comunicación masiva por excelencia. Además, el hecho de que el cine permita aglutinar a esos **públicos tan dispares** en un único lugar (sala de cine) durante un tiempo determinado (a diferencia de la prensa escrita, los libros, la radio o la televisión, que cuentan con un público más disperso), ha permitido que se pueda estudiar mejor la influencia que los mensajes comunicados a través del cine llegan a ejercer en la audiencia.

Mediante la orquestación de complejos y costosos sistemas de producción, el cine consigue generar una **sensación de empatía** en el público. El cine nos hace llorar, nos hace reír, nos genera miedo o tensión, nos traslada en el tiempo, etc., y todas ellas son emociones que compartimos unos con otros en un espacio común. Así, el cine consigue **contar una historia** y que esa historia permanezca en la memoria de la audiencia.

No son pocas las películas que retratan el sector legal y que, con el tiempo, se han convertido en leyendas del celuloide. Entre otras muchas podríamos destacar *Testigo de cargo*, de Billy Wilder; *Matar a un ruiseñor*, de Robert Mulligan; *Anatomía de un asesino*, de Otto Preminger, o *Doce hombres sin piedad* y *Verdicto Final*, de Sidney Lumet. También en años recientes se han producido películas interesantes sobre el mundo jurídico, como *Algunos hombres buenos*, de Rob Reiner; *En el nombre del padre*, de Jim Sheridan; *Cadena Perpetua*, de Frank Darabont; *El Caso Winslow*, de David Mamet, o *La Tapadera*, de Sydney Pollack, más centrada esta última en el mundo de las grandes firmas de abogados.

No es un medio de uso cotidiano para los despachos de abogados, pero sí es un medio que, cuando aborda temáticas jurídicas, permite calar profundamente en el público.

## 2412 Televisión

La televisión, al igual que la radio, es otro medio en el que el abogado puede participar en **programas** o en **tertulias**. Además, dado que es uno de los principales medios informativos, es frecuente que los abogados aparezcan en ella realizando declaraciones, principalmente en casos procesales de relevancia mediática.

Como decíamos anteriormente, dado que la televisión también suele retransmitir en directo, el abogado debe contar con dotes de comunicador, saber manejar la información y transmitirla de forma eficiente.

### b. Medios «online»: la revolución 2.0

2414 **Internet** también es considerado como un medio de comunicación masiva. Ha sido, sin ningún género de dudas, el **mayor vector de cambio** que ha sacudido nuestras vidas en los últimos cien años. Ni siquiera Tim Berners-Lee, padre del lenguaje HTML (*HyperText Markup Language*) y de la *World Wide Web (WWW)*, podría haber previsto hace veinte años el éxito que tendría su creación.

Internet no es una moda. Internet es un **cambio de paradigma** en nuestras vidas, en nuestras relaciones, en nuestras profesiones, en nuestros hábitos de consumo, etc. En definitiva, el nacimiento de Internet ha marcado un **punto de inflexión** que induce a pensar, sin tapujos, que nada volverá a ser igual que antes.

En el ámbito de la comunicación, los cambios provocados por Internet son igualmente mayúsculos. El reconocido periodista y escritor estadounidense Thomas Friedman dice en su interesante libro *The World is Flat* que el mundo se ha aplanado con la globalización. Y del mismo modo, el auge de Internet también ha aplanado la comunicación: cualquier persona desde cualquier parte del mundo puede comunicarse en cuestión de segundos con otra persona que se encuentre en el hemisferio opuesto del planeta. Por lo tanto, **desaparecen las fronteras y las barreras** preexistentes y se produce una evidente democratización de la información, poniendo el mundo a disposición de cualquiera de nosotros con el simple uso de un teléfono móvil inteligente.

Los medios digitales y las redes sociales ofrecen al mundo novedosas y dinámicas plataformas de comunicación, que ofrecen a su vez un interesante abanico de retos y de oportunidades tanto para las empresas como para sus interlocutores. Con estas herramientas, la comunicación deja de ser eminentemente unidireccional, para convertirse

en una **calle de doble sentido** en la que cualquier persona del mundo tiene un altavoz por el que puede expresar sentimientos, emociones y opiniones.

#### 2416 Medios digitales

Como se ha visto anteriormente, la principal causa de la crisis estructural que viven los medios proviene del auge de las nuevas tecnologías y, por lo tanto, del choque entre los nuevos medios digitales y el modelo de negocio convencional que ha subsistido hasta la fecha. El **volumen de información** se multiplica, y la inmediatez con que esa información está disponible se torna en importante aliado de los medios, que vierten sus esfuerzos más en la rapidez con que esta fluye que en su profundidad. Sin embargo, las ventajas de los nuevos medios digitales chocan frontalmente con el gran inconveniente de estos medios: su rentabilidad. Las inversiones publicitarias que durante décadas han alimentado a los medios de comunicación masiva han ido disminuyendo paulatinamente durante los años de crisis hasta caer cerca de un 40% entre los años 2007 y 2011. Esta situación, junto a la clara inmadurez financiera del modelo digital, ha dado al traste con el modelo de negocio convencional de los medios (ingresos por publicidad) y ha anunciado, por ende, el final de una era. Además, el **auge de las redes sociales** y del periodismo ciudadano ha generado en los medios una fuerte reducción en el número de lectores, quienes se tornan ahora hacia estas nuevas plataformas comunicativas en busca de información. No obstante, se ha comprobado que los medios digitales, debido a la inmediatez que impera en sus informaciones, pueden caer con facilidad en procesos de dilución de la calidad. Por ello, y por la trascendencia que van adquiriendo estos medios, es importante que luchan siempre -y también sus interlocutores- por una información a tiempo, pero de la máxima calidad.

2418 En lo referente a los despachos de abogados, los medios digitales ofrecen nuevos canales mediante los cuales las firmas pueden comunicar sus mensajes. En el Reino Unido existen una gran variedad de publicaciones exclusivamente centradas en el **sector jurídico**, que cuentan con **versiones digitales** que van agrandando cada vez más su base de usuarios (*Legal Week, The Lawyer, Legal Business*, etc.). Tal es el interés que despierta en ese país el sector legal, que incluso han aparecido medios como *Roll-on-Friday*, que con humor comentan los cotilleos más novedosos de la profesión y de sus protagonistas. En España, las principales cabeceras económicas (*Expansión, Cinco Días, El Economista*, etc.) ofrecen desde hace varios años contenido específico para el sector legal en sus versiones digitales, además de en las versiones impresas, lo que ha generado un **creciente interés** por las noticias provenientes del sector legal.

#### 2420 Redes sociales

Las redes sociales son, dentro del fenomenal digital, las causantes del mayor cambio paradigmático en el mundo de la comunicación. Los usuarios tienen a su disposición un **amplio abanico de opciones** entre redes sociales (Facebook, Tuenti, Orkut, Youtube, Flickr, Pinterest, etc.), redes profesionales (LinkedIn, Xing, etc.), blogs sobre infinidad de temas y contenidos, páginas de «*microblogging*» (Twitter) y otras tantas opciones existentes. Del mismo modo, las empresas también tienen a su disposición el mismo abanico de posibilidades a la hora de transmitir sus mensajes. Sin embargo, cualquier empresa, incluidos los despachos de abogados, debe realizar un concienzudo análisis estratégico que permita sopesar con criterio la conveniencia, o no, de adentrarse en el **uso del mundo digital**. No debemos olvidar que todo lo que es expuesto en Internet pervive allí por tiempo ilimitado. Por ello, antes de lanzarse a la aventura digital, es importante establecer unos objetivos medibles y alcanzables que no frustren nuestro viaje tecnológico.

No está claro qué futuro aguardará a las redes sociales (algunas se concentrarán, otras desaparecerán, muchas se especializarán, etc.), pero lo que sí es indiscutible es que dichas redes han sentado unas nuevas **reglas del juego** en la comunicación entre individuos y empresas. Los usuarios se convierten, ahora más que nunca, en embajadores o detractores de las marcas, en cuestión de segundos y sin intermediarios. Compran productos y servicios, y con unos simples «clics» pueden ofrecer al mundo entero su visión sobre ese producto e incluso pueden ilustrar sus opiniones con fotos y con vídeos. Por lo tanto, el **cliente** deja de ser un simple consumidor final para convertirse en una **parte fundamental del proceso productivo**. Son conocidos los casos de empresas que, gracias a contar con sofisticados sistemas de monitorización, han mejorado sus productos sobre la marcha gracias a las opiniones y valoraciones que los usuarios vertían en la red.

2422 En el caso de los despachos de abogados, la tradición y la discreción inherentes al sector, junto al valor añadido que se presupone en los servicios legales, explican que la vinculación entre **empresa y usuario** a través de las redes sociales no haya sido aún demasiado importante. Pero en previsión de los cambios que puedan llegar en el futuro, es importante que los despachos sean conscientes de la existencia de estas redes y de las oportunidades que pueden ofrecer conforme a cada estrategia de negocio. En la actualidad, las redes sociales ofrecen al sector legal oportunidades interesantes (con relación a la contratación de abogados, a la comunicación con empleados, a la comunicación con estudiantes, etc.), pero todavía son más limitadas que en otros sectores. Sin embargo, no podemos perder de vista que los nativos digitales que se graduarán en los próximos años, y para quienes Internet forma parte de su ADN, serán los clientes y los abogados del futuro y tal vez necesiten también en su vida profesional integrar el uso del mundo digital. En espera de estos cambios, y sea cual sea la **estrategia tecnológica** elegida, los despachos de abogados no pueden abstraerse del mundo digital y deben aprender a escuchar y a saber responder cuando sea necesario.

Otra cuestión de relevancia que hay que mencionar es el margen de uso de redes sociales que cada despacho quiera dar a sus empleados. Si pensamos solo en Facebook, las previsiones auguran que a finales del año 2013 contará con cerca de mil millones de usuarios en todo el mundo. El espectro de **potenciales usuarios de redes sociales** es, por tanto, cada vez mayor, y sigue creciendo día a día con el *boom* de los teléfonos inteligentes. Por ello, y como ya hemos visto a causa del impacto directo que tiene la reputación de cada individuo en la reputación colectiva, no es baladí que las empresas se pronuncien sobre el uso que sus empleados pueden hacer de la web 2.0. Para ello, se pueden elaborar protocolos internos que plasmen unas **directrices** para guiar el uso de las redes sociales. En ningún momento esos protocolos deben ser censuradores, sino simplemente indicativos de cuáles son las buenas prácticas a seguir, haciendo hincapié en la importante responsabilidad de todos de velar por la reputación de la empresa como un bien común.

Como ejemplo ilustrativo de la importancia de saber escuchar y saber responder a tiempo en las redes sociales, recomendamos el estudio del caso **United Breaks Guitars** (United rompe guitarras), que tuvo lugar en los años 2008-2009 y del que se puede extraer cuantiosa información en Internet.

### c. Relaciones institucionales

2424 Permiten a los despachos de abogados gestionar el mapa de relaciones que mantienen con otras **entidades del entorno**. Además de las relaciones puras de negocio, que se llevan a cabo con clientes, con proveedores y con competidores, existen multitud de relaciones, denominadas en inglés «*nonmarket relations*», que posibilitan a las empresas -o a los despachos- la medición y la gestión de su presencia social. En este grupo se puede encontrar un amplio abanico de entidades, como asociaciones y fundaciones -lucrativas o no-, universidades, AAPP, reguladores, colegios profesionales, etc.

Si los medios, como se ha visto, nos permiten trasladar un único mensaje a una multitud de actores, las relaciones institucionales se centran en la relación directa y personal que cada empresa mantiene con otras entidades. De este modo, mediante distintas **herramientas** (encuentros uno a uno, eventos conjuntos, patrocinios, etc.) se puede estrechar la **relación con entidades** que, si bien no afectan directamente a nuestro negocio, sí influyen incisivamente en nuestra reputación y pueden ser, incluso, prescriptores de nuestros servicios profesionales.

## B. Oratoria

2426	1.	<b>Discurso jurídico. Errores comunes y soluciones prácticas</b>	2428
	a.	Comunicación de la expresión	2428
	b.	Utilización de términos jurídicos	2444
	c.	Construcción de oraciones	2450
	d.	Educación y etiqueta	2456
	2.	<b>Reglas prácticas de oratoria</b>	2458
	a.	Control de los nervios	2460
	b.	Límites de la comunicación verbal	2482
	c.	Claves de un buen orador	2494
	3.	<b>La oratoria en los tribunales</b>	2506

### 1. Discurso jurídico. Errores comunes y soluciones prácticas

#### a. Comunicación de la expresión

#### 2428 La vocalización

Es uno de los problemas clásicos; se vocaliza poco y, con frecuencia, descuidadamente. En ocasiones tiene que ver con la **velocidad en el habla** porque si hablamos apresuradamente es más complicado vocalizar; no obstante, hay personas que se expresan más lentamente y tampoco vocalizan, que es algo evitable y que se debería cuidar más. La falta de vocalización provoca en nuestro interlocutor la duda acerca de lo que se está diciendo hasta el punto de que se puede llegar a «dar por perdido» lo dicho, con los riesgos que se corren (en especial cuando es el juez quien no llega a comprender frases). Además, resulta extraño que un cliente preparado por su abogado tenga la necesidad de preguntarle a este mismo, en medio de un juicio, qué es lo que ha dicho, simplemente porque no ha sido capaz de entender bien a su letrado.

Hay que **evitar**:

- repetir «**muletillas**» (casi todos las tenemos; grábese hablando y compruébelo), tales como, «ehh», «esto», «vale», «a ver»...; y
- que los **participios** terminados en «**ado**» pasen a convertirse en «aos» y vulgarizar el discurso del interlocutor; o las contracciones del tipo «pal» por «para el».

#### 2434 El tono y la velocidad en el habla

El tono y la velocidad en el habla son **esenciales** en el discurso.

#### 2436 Tono

Un tono sin apenas modulaciones influye enormemente en la pérdida del interés y en el hastío que se produce en los interlocutores y oyentes. El tono que habrá de mantenerse debe **adaptarse al relato** en cada momento, a aquello que se cuenta. Es lógico un **tono** más **sobrio** cuando se quiere relatar una cuestión de cierta gravedad y un **tono** más **vivo** cuando el objeto del relato es menos serio, o un tono intermedio cuando intermedia resulte la cuestión. En un mismo discurso es normal alternarlos.

Puede resultar conveniente que tanto el abogado como el cliente al que se pueda preparar se familiaricen con el uso del **micrófono**. Normalmente tendrán a su disposición uno en las salas. Cuide también la distancia a la que se sitúa frente al micrófono porque es frecuente que muchos intervinientes no lleguen a ponerse adecuadamente frente al mismo (unas veces por acercarse demasiado y otras por alejarse).

La intensidad con la que hable dependerá del **espacio y de los medios** de que disponga; téngalo en cuenta y prevea si puede necesitar un micrófono, por ejemplo, o que no tenga uno y, por tanto, deba subir el tono.

También se observa la utilización de un **tono único** (mono tono) que puede resultar insoportable (e incentivar el sueño de los escuchantes). En otras ocasiones, las pausas son el problema. Pueden resultar tan largos los silencios que otro sujeto comience a hablar pensando que se ha acabado el discurso del anterior interviniente.

Por elegancia y consideración hay que evitar también el **tono irónico** (como: ¿nooo?, ¿en serio?... ) que despierta recelos y pensamos que, en general, no es apropiado ni para un tribunal ni para un despacho en el que se deseen intercambiar opiniones para negociar de manera amistosa (o al menos educadamente).

En especial, se debe cuidar el tono cuando se habla bastante tiempo en una **reunión** o, por ejemplo, en la **fase de conclusiones** en los juicios; en estos suele ser tan tedioso el tono y de tal extensión, que se ha visto a algunos magistrados pedirles «mejor por escrito». Lo ideal sería que no se leyera folio tras folio, sino que se elaborara un **discurso** con la ayuda de un sencillo guion y con lectura literal únicamente de cifras, fechas, datos o palabras textuales de otra persona.

#### 2438 Velocidad

Hablar muy deprisa puede implicar dos cuestiones relevantes: no poder seguir el **discurso** (en especial cuando se ofrecen numerosos datos concretos como nombres, fechas y cifras) y por otra parte, como se ha indicado, se debe vocalizar muy bien para que resulte **claro y comprensible** aquello que se dice.

En ocasiones, las fórmulas legales relatadas despiertan el desconcierto de los ajenos a este mundo jurídico. Es el caso de la lectura de las preguntas «generales de la ley», de las advertencias consiguientes y la velocidad que suele imprimirse a esta fórmula junto a las prevenciones que se hacen a los testigos (sabemos que también resulta muy repetitivo para los jueces tener que anunciar una y otra vez lo mismo a lo largo de un día). Pues bien, después de velocidades meteóricas en la formulación las preguntas «generales de la ley» o similares, se pregunta frecuentemente por el/la magistrado/a: ¿comprende? A lo que se suele afirmar que sí (aunque el rostro de los preguntados denota duda en muchas ocasiones, suponemos que porque sigue «procesando» todo lo que acaba de escuchar). Se debe preparar al cliente para **saber** lo que va a **escuchar**.

Y hablar muy despacio puede resultar algo pesado para el/los escuchantes (también implica en consecuencia pérdida de atención «y de paciencia»). Por estos motivos, la **velocidad intermedia**, ni lento ni rápido, puede resultar ideal para facilitar la comprensión.

#### 2440 Sencillez y complejidad

No es tanto referirse únicamente a los **tecnicismos**, sino a la propia **construcción** de las **frases**. En el primer caso se pueden y deben utilizar, si se habla con un magistrado u otro miembro del órgano jurisdiccional o con un colega, con cualquier jurista, en general; en estos supuestos, las construcciones orales, pueden ser más complejas y lógicamente se espera que más técnicas.

En el caso de que se trate con un cliente, aconsejamos la **sencillez léxica** -sencillez en general- para poder conocer todos los datos o para dar la información completa de manera que no se produzcan ambigüedades o falta de claridad.

La **excesiva complejidad** del discurso hablado suele venir dada por la herencia e influencia del discurso escrito; y es un error (piense en qué términos espera que le hable su médico si le tiene que informar de lo que usted tiene y adapte el discurso; el médico hablará con sus colegas utilizando otros términos, pero no debe así hacerlo con usted si no tiene la misma especialidad que quien le habla). Si a un cliente se le explica sus intenciones de este modo: «Vamos a interesar sentencia condenatoria de la contraparte, porque, en contra de lo manifestado por esa misma, no ha quedado acreditado que hubiera podido producirse el contrato verbal referenciado y, más bien al contrario,...», tal vez no pueda seguirle.

2442 **1.** No se deben emplear **expresiones oscuras**. Hay que reconocer que los juristas tenemos una gran facilidad para decir lo más sencillo de muchas formas, pero muy complejas, y a veces difícilmente inteligibles (lo cual exige un ejercicio mental importante, aunque hay que recordar que lo que se trata es de ser comprendidos, y cuanto antes mejor).

Ejemplos:

- Si usted le explica a un cliente que en su proceso se ha dictado una providencia pero no un auto y que esto cambia las cosas porque hay que recurrir la resolución, probablemente no tenga ni remota idea de qué le está contando. Si le informa de que van a recurrir una resolución judicial porque el juez no ha dictado la que debe, probablemente sea suficiente y más claro.

- Si usted dice: «... existe una corroboración periférica de carácter objetivo...», no se entenderá, con toda probabilidad, lo que trata de decir. Pero si dice: «...la declaración testifical de su vecino de arriba en el edificio...», se entenderá perfectamente.

En lugar de: ¿cuál es la fecha de comisión del...?, pregunte mejor: ¿en qué fecha se produjo el/la...?); o en lugar de referirse a «quien ostenta la titularidad», hable del propietario en su caso.

**2.** Se deben evitar las **polisemias**: si antes se hablaba de providencia (diga mejor una resolución judicial); también, en lugar de afirmar: «obrar en autos», estará claro con un «consta en el expediente»; o en lugar de «deponer en», diga: «contestar en»...

**3.** No se debe dar por sentado que le entiendan si habla en **acrónimos o siglas**. Si dice en una reunión: «según la LEC» o «la LOTJ», ¿no esperará que le comprendan, verdad?

Si se tiene un testigo al que se verá con antelación, se le deben de explicar las **expresiones** que no entienda para que pueda contestar adecuadamente; y si en el momento de la vista, aprecia sombra de confusión mental en un interlocutor del que desea una respuesta clara, mejor reformular la pregunta o el comentario o explicarlo para evitar que su señoría tenga que interpretarle a usted como abogado (los clientes no deberían necesitar que los jueces interpretaran a los profesionales).

#### b. Utilización de términos jurídicos

#### 2444 **Tecnicismos y registro**

Nunca se debe perder de vista **quién** es el **receptor** en la comunicación. Es muy distinto realizar unas conclusiones dirigidas al juez, que tener al cliente en el despacho y preguntarle por hechos o datos. En el primer caso, el lenguaje deberá contener todos los tecnicismos propios del momento procesal y el segundo intentar evitarlos, por economía y lógica. Por ejemplo, se debe hablar en términos de «**reconvención**» cuando la plantee con la contestación a la demanda y se refiera a ella en las vistas o tenga una reunión entre profesionales del Derecho.

Sin embargo, si se desea explicar al cliente demandado que se presentará una demanda reconvencional, lo lógico es indicarle que aprovechará la contestación a la demanda para solicitar algo determinado al propio demandante, o expresión similar que resulte comprensible.

Y si se debe interrogar en juicio, se ha de tener en cuenta el posible **nivel cultural** del interlocutor y de los tecnicismos que se necesita emplear (no utilice por ejemplo la expresión: «elementos concomitantes», sino «elementos relacionados»). Incluso aunque sea un perito, un profesional acreditado o alguien con amplio nivel de estudios, no tienen por qué comprender, por ejemplo, que una persona se dirigió a otra con «*animus iniuriandi*» o no, diga mejor que tenía intención de agraviar, ofender o lo que proceda según el supuesto.

A propósito, si se lleva un perito a una reunión, un juicio o un arbitraje, igualmente se le ha de indicar que su discurso debe resultar comprensible, lo que implicará en unos casos la utilización de **sinónimos más inteligibles**, y en otras ocasiones se necesitarán explicaciones adicionales a los tecnicismos.

#### 2448 **Otros términos y fórmulas arcaizantes**

Existen multitud de términos fácilmente excusables, tanto por escrito como oralmente. Ellos forman parte de la **cultura jurídica** pero hoy día debe primar la claridad en lugar de la oscuridad que los **términos arcaicos** propician. Una vez más, sería cuestión de adaptar el discurso al momento y al lugar. Es cierto que «Otrosí» es un término arcaico,

pero también es una parte del escrito de demanda con una tradición consolidada; sí, pero en escritos. Sería muy desconcertante y verdaderamente sonaría arcaico (no tradicional) si en lugar de indicar que se quiere añadir algo, se pronuncia un *Otrosí* (tan extraño como si finaliza su petición oral con un clásico de formulario: «es gracia que espera alcanzar de Vuestra Ilustrísima»); esto último no lo recomendamos ni para la redacción jurídica).

Expresarse, como parece que tanto nos gusta a los juristas, en futuro de subjuntivo, hoy día resulta arcaico (olvide la profusión de expresiones como:... si el acusado nos mostrare... y dijere; si hubiere quedado).

Los **gerundios**, aparte del abuso que se suele hacer de los mismos (y no solo en versión escrita), también pueden resultar arcaicos (habiendo escuchado al abogado de la acusación y habiéndose establecido que la noche del día de autos...).

Los **términos latinos** deben conocerse porque resultan tradicionales, son de uso relativamente frecuente, incluso imprimen formalidad y pueden llegar a resultar apropiados por economía procesal; dicho esto, también es cierto que pueden otorgar al discurso un **tono** demasiado **elevado** según el contexto; en especial, si se habla con un cliente, no los utilice, y si lo hace por alguna razón, explíquelos. Por descontado, en tribunales o con colegas han de usarse con mesura porque la lógica impone que sean términos muy tradicionales (como «ab intestato», o «a quo» y «ad quem»), pero que no se empleen grandes parrafadas -ni siquiera con los colegas de profesión- del tipo: «In conventioibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit» (Papiniano: «En los convenios debe tenerse más en cuenta la voluntad de los contratantes que las palabras (del convenio)»).

### c. Construcción de oraciones

#### 2450 Errores frecuentes

**1. Utilizar fórmulas complicadas.** La que se expone a continuación es una que se escucha frecuentemente en los tribunales, que preguntan los jueces y de las que más incertidumbre producen; es esta: ¿tiene usted interés en perjudicar o beneficiar, con el testimonio que va a prestar, a alguna de estas dos personas? Se han presenciado muchos casos en los que, tras una pausa, el declarante, entre dudas, suele decir algo parecido a esto: «...no sé, yo solo quiero decir la verdad...». En ese momento, el juez normalmente se ve obligado a parafrasear, es decir, a ofrecer alguna explicación añadida, porque tiene la certeza de que no han comprendido la pregunta. Se han de evitar confusiones y momentos de desconcierto, explicando previamente aquello que puede ser escuchado y el significado que tiene.. Otra eludible, obviamente, es: ¿No es más cierto que...? Pregunte directamente y olvide aquellas formulaciones que solo confunden al interlocutor (además de molestar a los magistrados en numerosas ocasiones).

**2. Alterar** en las oraciones el **orden normal** sujeto-verbo-objeto; y cuando se hacen preguntas si se quiere argumentar, ha de hacerse al principio, y después, preguntar.

#### 2454 Estilo

En general, y, en pocas palabras: el estilo ha de resultar **sencillo** (sencillo no es vulgar), **creíble**, **claro** y **directo**, sin circunloquios, es decir, sin dar rodeos con palabras para dar a entender algo que hubiera podido expresarse más brevemente; y, siempre que sea posible, **breve**, no hablar más de lo necesario y no «aliñar» el discurso sin sentido (lo que no impedirá las metáforas sencillas que ayuden a la comprensión cuando resulte adecuado) y sin repeticiones innecesarias (que solo logran cansar).

Se observa cierta tendencia en las profesiones jurídicas a expresarse con cierta ampulosidad, con frases largas y cargadas de datos y referencias, que en muchos casos no aportan nada. Si consigue un estilo propio -es lo deseable- que destaque por estas cualidades: su claridad, orden, altura de argumentos, persuasión y elegancia en la elección de las palabras.

### d. Educación y etiqueta

**2456** Con bastante frecuencia, se piensa que, por influencias de lo observado en diversos medios de comunicación, algunas cuestiones de educación y etiqueta básicas, están **relajándose** en exceso.

En la expresión, resulta imperdonable el insulto o la falta de respeto; en ocasiones también la **ironía** (evite expresiones como: «sin comentarios» cuando es irónico) y el **sarcasmo**. Puede que, en muchas ocasiones, lo dicho u oído por un cliente, un colega o un colaborador de la Administración de Justicia pueda producir ganas de reír. En esos momentos, solo si tiene sentido una sonrisa, sonría. Lo que no resulta admisible es presenciar ningún tipo de mofa o ridiculización de una persona. Se han presenciado en ocasiones algunas faltas de respeto dignas de expediente y resulta extraordinariamente violento.

Es recomendable la lectura del estudio sobre lenguaje oral, dirigido por Antonio Briz, para el Ministerio de Justicia. <http://lenguajeadministrativo.com/sobre-la-modernizacion-del-lenguaje-juridico/>

## 2. Reglas prácticas de oratoria

2458 Uno de los objetivos fundamentales de un abogado o un fiscal es **convencer** a los clientes, a los jueces o a los miembros de un jurado, que los hechos sobre los que se está debatiendo deben ser interpretados conforme a Derecho de una forma específica, es decir, la que más interese a nuestro representado.

A fin de conseguir este objetivo, cabe preguntarse si la oratoria cumple alguna misión determinada. La respuesta solo puede ser afirmativa. La oratoria es la **capacidad de hablar con elocuencia**, es decir, de expresarse de tal manera que se conmueva, se deleite o se persuada a un auditorio.

Este efecto persuasivo puede convertirse en un recurso tremendamente útil para un letrado. A «*contrario sensu*», quienes no sean capaces de dominar unas herramientas de oratoria básicas encontrarán que esos clientes, jueces o jurados tienen dificultades para seguir sus razonamientos o aceptar la línea argumental planteada.

Por ello es necesario que los letrados aprendan y se ejerciten en el desempeño de algunas **herramientas retóricas** (por ejemplo, para transmitir más eficazmente su mensaje en la sala de un tribunal). La seguridad en uno mismo, la claridad en la exposición, el control de los nervios o el correcto uso de la voz no son cuestiones secundarias. Son algunas de las vías por las cuales el discurso de un letrado llega a las demás partes y, por lo tanto, deben ser entendidas y aprendidas por los profesionales del Derecho.

**Factores** clave en esta materia:

### a. Control de los nervios

2460 Estar nervioso antes de realizar una intervención ante un tribunal no solo es habitual, sino que es perfectamente lógico. Es el momento en el cual todo nuestro trabajo va a ser expuesto ante los demás y juzgado, tanto por las demás partes afectadas como por las personas que en última instancia decidirán sobre el mismo. Lo que **no** debe ocurrir es que estos nervios **dominen** al orador y le impidan exponer sus tesis con claridad y solvencia.

### 2462 Zona de seguridad

La zona de seguridad la componen todas aquellas **actuaciones** de nuestro **quehacer cotidiano**. Dicho de otro modo, sería el conjunto de situaciones en las cuales una persona se desenvuelve con naturalidad, analiza los problemas con calma y aplica soluciones lógicas y racionales.

Todo el mundo tiene su propio espacio de seguridad. El problema surge cuando hay que afrontar situaciones más allá del mismo. Para un abogado, hablar ante un grupo de personas, un tribunal, o un jurado (para, por ejemplo, proceder al interrogatorio de un testigo o plantear una argumentación jurídica compleja) debería ser parte de su zona de seguridad.

Es cierto que, poco a poco, la práctica cotidiana del ejercicio del Derecho acaba consiguiendo que tanto estas actuaciones judiciales como el trato con el cliente lleguen a ser parte de la rutina -es lo que se llama «**ensanchar**» la **zona de seguridad**-, pero este proceso de «aprendizaje» ni es súbito ni tiene por qué ser cómodo, por no mencionar que esos primeros casos también merecen la máxima dedicación y hay que hacerlos bien.

Cabe indicar que numerosos autores denominan «**zona de confort**» a la zona de seguridad. Este término es de común uso y está bastante extendido, pero tiene matices que lo hacen menos riguroso. La razón es sencilla: muchas personas son conscientes de sus limitaciones y permanecer dentro de ellas les da confianza, pero no les provoca ningún confort, sino más bien cierta frustración, ya que desearían ser capaces de superarlas. La zona de seguridad puede compararse con un búnker antiaéreo: allí dentro podemos estar a salvo... pero no es nada confortable.

El hecho es que, para algunos abogados, enfrentarse a la primera reunión o al primer juicio es un auténtico reto, genera ansiedad y una enorme tensión. Cuando esta tensión alcanza un punto tal que impide al orador desarrollar todo su potencial, decimos que estamos ante una situación de **miedo escénico**.

### 2464 Miedo escénico

El miedo escénico **puede definirse** como una serie de reacciones involuntarias del cuerpo humano, de carácter intenso, provocadas por el hecho de tener que hablar o actuar en público.



Vale la pena ahondar en esta definición, a fin de poder entender mejor el **fenómeno psicológico** del que se está hablando y sus posibles soluciones:

a) **Reacción involuntaria**: el miedo escénico sucede porque, por alguna razón, el organismo comienza a actuar de tal forma que al orador no le resulta posible controlarlo.

b) **Carácter intenso**: estamos ante una situación de miedo escénico cuando la tensión natural del momento degenera en temor, temor a ser juzgados negativamente (y, por ende, rechazados). La consecuencia es que el orador no es capaz de desarrollar todo su potencial y su actuación no cumple sus expectativas ni los objetivos marcados.

c) **Fenómeno psicológico**: no hay ninguna razón física por la cual se entre en este estado. La sudoración, los titubeos, los temblores, el sonrojo y demás manifestaciones equiparables no se deben a una enfermedad o una dolencia física, sino a un proceso mental ajeno a la voluntad de la persona.

d) **Al hablar o actuar en público**: el hecho de tener que hablar en público es el detonante de todo lo aquí expuesto. El temor no llega solo en el momento de intervenir ante ese público, sino que incluso puede darse previamente, ante la mera expectativa de tener que hablar en público.

2466 No obstante, si lo que el orador siente es una tensión que no llega a superarle, no sufre una situación de miedo escénico. Más bien al contrario, puede que se encuentre ante un fenómeno positivo, ya que la adrenalina liberada en ese momento le ayudará a reaccionar más rápidamente ante cualquier imprevisto.

El miedo escénico tiene varios tipos de manifestaciones, es decir, **síntomas** que lo reflejan y que, en ocasiones, pueden impedir al orador actuar conforme a sus previsiones. Estas manifestaciones son de tres **tipos**:

1. **Físicas**: tartamudeo, sonrojo, sudor en la cara y las manos, temblores en las manos y las piernas (al estar sentados), necesidad de ir al aseo,...

2. **Cognitivas**: bloqueo mental, dificultades para concentrarse, falta de atención,...

3. **Conductivas**: silencios incómodos, deseo de huir, reacciones ariscas,...

Si, a pesar de todo, al hablar nos trabamos o sufrimos un pequeño **bloqueo**, lo más importante es que no cunda el pánico. A cualquiera le puede pasar y, en principio, todo el mundo entiende que una equivocación no tiene mayor trascendencia. ¿**Qué hacer** en esos casos?

a) Pedir disculpas. No solo resulta elegante, sino que, además, ayuda a “quitar hierro” al error. Basta con una única disculpa, la reiteración es innecesaria.

b) Continuar con naturalidad el resto de la exposición, como si nada hubiese ocurrido.

c) Si la exposición fuese muy larga es aconsejable, para evitar «perderse», que el abogado la divida en «bloques» y lea folios despejados, con un interlineado de 1,5 o doble, y con marcas en negrita que indiquen claramente lo que hay que resaltar. De esta forma, es más fácil ubicarse en el documento y encontrar algunos «puntos ancla» que nos permitan retomar el hilo en caso de desconcentración.

#### 2468 Consejos útiles

Una vez planteadas las dificultades que el miedo escénico y sus manifestaciones pueden suponer para los letrados, resulta especialmente útil abordar **cómo** pueden **controlarse** y remediarse sus efectos.

Determinados automatismos sencillos han demostrado ser muy útiles a la hora de paliar los síntomas del miedo escénico y, poco a poco, ir dotando a los oradores de mayor confianza y seguridad en sí mismos. Esto es, nos ayudan a aumentar nuestra zona de seguridad cuando hay que hablar en público.

#### 2470 Conocimiento profundo del tema a tratar

Puede parecer una obviedad, pero nunca está de más mencionarlo. Cuanto más se haya preparado un tema, mayores serán los conocimientos del orador. Dicho a la inversa, cuando un orador sabe que su preparación no es la adecuada, estará siempre temiendo que sus **lagunas** queden al descubierto. Esto es una evidente **fuentes de inseguridad** que solo puede corregirse de una forma: con una preparación previa exhaustiva y mucho «trabajo de despacho». Los nervios que esto provoca pueden llegar a controlarse, pero ello no solucionaría el problema de fondo ni cubriría esas lagunas.

#### 2472 Ensayos previos

No es infrecuente que el jurista deba leer documentos en voz alta. De hecho, es menos frecuente en la práctica jurídica española tener que improvisar. Esto significa que, sobre todo al preparar sus primeros casos, el letrado debería ensayar su **intervención ante** algún tipo de **público**. Leer en voz alta supone trabajar un juego de músculos para que funcionen a un ritmo adecuado; por lo tanto no es diferente de cualquier otro ejercicio físico: el entrenamiento consigue un buen uso. Este **ejercicio de declamación** permite contrastar con alguien si el tono de voz fue adecuado, si se ha mostrado inseguridad o dudas y, del mismo modo, ayuda a detectar palabras o expresiones que, dichas

en voz alta, resulten altisonantes o sean de difícil dicción. Lo ideal es que este «público» sea algún compañero (por ejemplo, alguien del propio despacho), a fin de que pueda dar consejos pertinentes, no solo en cuestiones de fondo sino también formales, en buena medida, por haber experimentado en persona las mismas situaciones.

#### 2474 **Comprobación de existencia de agua y vaso en la sala**

El agua mineral es un **tranquilizante natural**. Beber un sorbo de agua antes de empezar a hablar despeja la boca y la garganta, y evita algunos problemas de pronunciación provocados por la incorrecta salivación o la boca pastosa. Se aconseja beber agua y no otros productos (como café o refrescos) porque sustancias como la cafeína son estimulantes, lo cual no es precisamente útil a la hora de controlar los nervios, y porque además pronto acaban provocando más sed. Conviene servir el agua en el vaso antes de empezar a hablar, para evitar interrumpirse después y porque ese gesto da a entender que ya se está preparado para intervenir.

#### 2476 **Mantenimiento de una correcta higiene postural**

En el caso de estar ante un tribunal, los letrados están sentados en un espacio reservado en la sala. Estar sentado permite mantener una posición descansada, pero hay que **evitar** a toda costa **posturas incorrectas**. No se trata solo de que una actitud de desidia pueda provocar una amonestación por parte del juez -que también- sino que una incorrecta postura durante un largo periodo de tiempo acaba provocando malestar físico y sobrecargas musculares (sobre todo en la espalda). Esto mismo puede aplicarse en una reunión preparatoria con los clientes o en un encuentro con los abogados de la parte contraria. La **posición idónea** es aquella en la que la espalda está erguida y alineada, apoyada en el respaldo de la silla, las rodillas en ángulo recto y los pies apoyados en el suelo. Eventualmente, pueden cruzarse las piernas, pero debe evitarse el cruzarlas por encima de las rodillas.

#### 2478 **Respiración profunda antes de empezar**

La respiración es un proceso natural e inconsciente del organismo. Sin embargo, es relativamente fácil controlar un ritmo de respiración de forma voluntaria, lo que **ayuda a relajarse**. Basta con contar despacio hasta diez, inspirando por la nariz y expulsando el aire por nariz y boca. Evidentemente, realizar esto dentro de la propia sala resulta impropio, por eso es muy aconsejable que se haga antes de entrar en la misma.

#### 2480 **Visualización**

Es tremendamente útil imaginarse a uno mismo haciendo la intervención tal y cómo nos gustaría que saliese. Hay que eliminar todos los posibles problemas que pueden aparecer, para así centrarnos en lo positivo. Dicho de otro modo: si conseguimos imaginarnos haciéndolo bien es que podemos hacerlo bien, porque para tener éxito la primera clave es imaginarse a uno mismo siendo **exitoso**.

### b. Límites de la comunicación verbal

2482 La comunicación verbal es el **mensaje y los conceptos** que se explican **con palabras**. Por oposición, el lenguaje no verbal es todo lo demás. El lenguaje o comunicación no verbal incluye la mirada, la vestimenta, los gestos... todo aquello que vaya más allá de las palabras empleadas.

#### 2484 **Memoria de la audiencia**

Los oradores, juristas o no, suelen cometer un **error fundamental** a la hora de preparar sus discursos: los construyen pensando en sí mismos, no pensando en el público al que se dirigen. Es cierto que en un tribunal tanto el juez como las demás partes afectadas son (o debieran acabar siendo) perfectos conocedores del asunto que les ocupa, pero esto no significa que un abogado deba dar por sentado que su público comprende fácilmente su exposición y sus líneas argumentales.

En realidad, es un hecho que el **grado de concentración** de las personas varía constantemente, de tal manera que muchas veces «desconectan» de lo que están escuchando. Por ejemplo, si el juez llama la atención a alguien del público que está distrayéndole, es prácticamente seguro que no habrá seguido con facilidad todo lo dicho durante los momentos previos, precisamente porque «algo» le distraía. ¿Quién tiene el problema en ese caso? El juez, claro está, pero también quien estuviera interviniendo, pues su exposición no ha llegado a su público objetivo.

Otra situación que puede ocurrir es que, al exponer unos hechos, haya que aportar una gran **cantidad de información**. ¿Cómo se puede estar seguro de que, por ejemplo, el jurado está siguiendo nuestra línea discursiva y que no se ha perdido? En realidad, es prácticamente imposible tener esa certeza, pero es un hecho claro que aun en el mejor de los casos, no habrán «procesado» toda la información ofrecida.

2486 En un juicio queda **constancia escrita o grabada** de todo lo que ocurre en la sala, pero esto no es óbice para que el orador deba hacer un esfuerzo por comunicar lo mejor posible. Para ello, pueden seguirse dos reglas maestras:

1. El orador debe **empatizar con los receptores** de su mensaje, esto es, ponerse en su situación y analizar si le están siguiendo en su disertación o no. Para ello, debe ante todo estimular los sentidos de la vista y el oído de su público. Si se aportan pruebas visuales (p.e. gráficos o fotografías), el orador debe asegurarse de que la atención de

sus oyentes recae en lo que es realmente interesante y no en detalles secundarios. Si, por otro lado, se va a dar una información relevante, puede ir precedido de **frases hechas** del tipo «resulta especialmente este significativo este hecho...», hacer un silencio, mirar al público y referir después el hecho en sí. Con estos sencillos mecanismos se capta su atención y se estimula su memoria.

**2. Reiterar regularmente la línea argumental:** es lógico suponer que la **disertación** de un letrado tendrá un mensaje esencial, una especie de común denominador de cuanto se diga en la sala. Conviene que este mensaje esencial que hilvana todo el discurso se reitere y se explique varias veces, con el fin de que quede bien asentado en la memoria del receptor. Para entender mejor esta idea, imaginemos que la intervención del orador no ha sido ante un tribunal sino una entrevista en prensa y que, acabada esta, el periodista dice: «dígame qué titular quiere que pongamos». Obviamente, ese **titular** sería el **mensaje clave**, lo más importante que se quiere transmitir.

#### 2488 Visualización de los conceptos

En el caso de un juicio, especialmente en los que se desarrollan con jurado, es perfectamente posible que las personas a quien el orador se dirige no conozcan todos los **matices y repercusiones** de lo que se está hablando. Es misión del letrado ayudarles a comprender el **alcance** de estos conceptos, a través de un proceso que se denomina «visualización».

La visualización pretende convertir lo **abstracto** en lo **concreto**, es decir, tomar unas ideas difícilmente comprensibles y relacionarlas con otras que sí están claras para el público objetivo.

Por ejemplo, si se está hablando de hectáreas calcinadas por un incendio forestal... ¿quién sabría cuánto espacio ocupa una hectárea? Una hectárea son 0,01 kilómetros cuadrados, pero ni siquiera traducéndolo a esta magnitud se comprende bien de qué se está hablando. Pero si añade una frase aclaratoria, del tipo «el incendio arrasó una superficie total de 28.500 hectáreas, esto es, 285 kilómetros cuadrados... superficie equivalente a media isla de Ibiza», los oyentes pueden «visualizar» el alcance de la superficie afectada y comprender mejor de lo que se está hablando, pues más o menos podrán imaginarse un mapa de España y entender la correlación entre ambas ideas.

Esto es especialmente útil cuando se habla de **cantidades monetarias**. Por ejemplo, en un fraude internacional de veinte millones de dólares debería añadirse su valor en euros con la frase «al cambio de hoy, serían...». Y si se quiere resaltar la gravedad de la cantidad, podría completarse con «es decir, dinero suficiente para...».

Hay que tener especial **cuidado** a la hora de emplear estas visualizaciones. No se trata solo de que el público comprenda lo que se quiere decir, sino también de hablar con la propiedad que exige la argumentación jurídica. Deben evitarse las comparaciones burdas o fuera de lugar, pues en caso contrario se estará logrando todo lo opuesto a lo pretendido y, además, puede generar una amonestación por parte del juez.

#### 2490 Lenguaje no verbal

Los elementos que componen el lenguaje no verbal son tremendamente variados. Sin embargo, no se deben olvidar las limitaciones que, *per se*, produce la **oratoria** en el mundo del Derecho en general y ante los tribunales en particular:

- el orador está **sentado**;
- se leen documentos para un **público** muy **específico**; y
- queda **constancia** por escrito o mediante grabación de cuanto ocurra, y esta información puede ser estudiada por nuestro público.

Al tener que estar necesariamente sentado, el orador pierde muchas de las principales herramientas del lenguaje no verbal. No hay posibilidad de moverse, lo que reduce la capacidad gestual y el dominio de la escena. Pero esto no significa que no se deban aprovechar sus posibilidades:

**2492 1. Gestos.** El orador puede y debe gesticular cuando sea necesario para dar **mayor énfasis** a su mensaje. La cara puede ser tremendamente expresiva. No se trata de transmitir siempre seriedad o sonrisas, pero sí aprovechar los múltiples músculos faciales para transmitir mejor un mensaje, incluso cuando no se está en el uso de la palabra:

- El **ceño fruncido**, negar con la cabeza, mirar al techo, cerrar los ojos o cubrírselos con las manos son gestos que fácilmente transmiten desagrado o desacuerdo.
- **Asentir con la cabeza** o sonreír puntualmente transmite aceptación o acuerdo.
- Una **mano** sobre la mesa y otra a la altura de la boca, apoyando la cabeza en ella suavemente transmite concentración en lo que se está escuchando (evidentemente, esta solo es posible cuando no se está en el uso de la palabra).

**2. Manos.** Pueden emplearse las manos para **transmitir** mejor determinadas **ideas**, de tal manera que algunos gestos resultan muy típicos e ilustrativos:

- Las **palmas** de las manos **enfrentadas** entre sí, como si se estuviese sosteniendo una pelota entre ellas significa que se abarca algo en su totalidad.
- El dedo **índice elevado** con los demás doblados significa advertencia.

- El **puño cerrado** transmite fuerza, energía o determinación.
- Pegar las **yemas** de los dedos índice y pulgar, con los demás dedos doblados, significa «algo pequeño» o «solo un poco».
- Las **palmas** de las manos **abiertas** y extendidas reflejan ofrecimiento.

**3. Movimientos en la silla.** Deben ser **pausados**, ni bruscos ni súbitos. Es frecuente cambiar de postura en la silla para acomodar mejor la espalda, pero no debe hacerse de forma repentina sino natural.

El hecho de que haya que leer no impide que el lenguaje no verbal no deba cuidarse. Todo lo contrario: permite ensayar determinados **gestos y actitudes**, controlar aquello que no debe transmitirse y elegir en qué palabras o términos se desea hacer un mayor hincapié.

4. Los «**microgestos**» son reacciones involuntarias del cuerpo que resultan fácilmente perceptibles para los demás y que son una reacción ante un estímulo externo que provoca en nosotros alguna sensación. Además ocurren de forma inconsciente, es decir, que no solo son involuntarias sino que, además, no sabemos que están teniendo lugar, pero hay algunas muy características:

- Levantar la **ceja** muestra cierta estupefacción o desconfianza.
- Mover o acariciar un **anillo** muestra cierta inseguridad.
- Rozar la **uña** del dedo pulgar con la uña del dedo índice denota nerviosismo (esto se aprecia, por ejemplo, cuando una persona con esmalte en sus uñas descubre súbitamente que ha perdido parte del esmalte en uno de sus dedos...).

Pero, en general, estas cuestiones hay que ponderarlas en su justa medida. Conviene ensayar determinados gestos y actitudes, controlar aquello que no debe transmitirse y elegir en qué palabras o términos se desea hacer un mayor hincapié. Pero la realidad demuestra que, con el ensanche de la zona de seguridad, estas reacciones involuntarias se van controlando.

#### 2493 Lenguaje paraverbal

Es el conjunto de elementos que, en toda acción comunicativa, están intrínsecamente relacionados con la voz del orador. Aunque ya nos hemos referido a algunas de estas cuestiones anteriormente, ahora lo hacemos, brevemente, desde la perspectiva del **complemento a la comunicación**. Básicamente hablamos del ritmo, el volumen y los silencios o pausas:

1. El **ritmo** nos permite controlar la velocidad a la que hablamos. En este sentido, el orador debe tener presente que sus ideas deben reflejarse en la mente de su público, lo que exige convertirlas en palabras, que estas lleguen a la audiencia y que las personas que la componen puedan procesarlas. Si no se emplea una velocidad adecuada, se cometerán errores de dicción, el mensaje llegará con poca claridad al público y este, a su vez, realizará una interpretación distorsionada del mismo.

2. Controlar el **volumen** de la voz exige mantener en funcionamiento toda una serie de músculos de funcionamiento normalmente automático. No se trata de gritar, sino de ser capaz de proyectar la voz hacia nuestro público, sin hablar “para nuestra propia toga”.

3. Aunque resulte paradójico, el correcto uso de los **silencios** es lo que distingue a los buenos oradores de los malos. Por un lado, nos permiten descansar la voz y recuperar el ritmo adecuado, por otro, permiten a la audiencia procesar debidamente la información recibida y mantener la concentración. Hacer pausas no significa caer en la teatralidad, sino manejar el tiempo correcto del discurso, lo que, mezclado con el **énfasis** en los términos clave de una intervención, ayudan al oyente a comprender mejor el mensaje del orador.

#### c. Claves de un buen orador

**2494** No se trata de debatir a continuación si el orador nace o se hace, sino de estudiar qué **características** ha de reunir un buen orador en todo caso y cómo podemos autoevaluarnos y saber si lo que se está haciendo es formalmente correcto o no en términos oratorios.

#### 2496 Oyentes y público objetivo

En sentido amplio, todo aquel que escuche un discurso es oyente del mismo. Por lo tanto, **oyentes** pueden ser los clientes, los abogados de la otra parte, los jueces, las partes contrarias, las personas que acudan a ver el juicio (ya sean familiares o amigos de las partes o meros alumnos de derecho que pasaban por allí...). Sin embargo, el abogado debe plantearse la siguiente cuestión: ¿a quién debe dirigirse en cada momento?

El **público objetivo** son aquellas personas a quienes expresamente el abogado debe dirigirse y de quienes espera una **respuesta** o reacción. Evidentemente, el abogado debe referirse a su público objetivo, sin tener en cuenta al oyente que no tenga influencia directa en el proceso; un **juicio** no es un acto divulgativo, como sería una conferencia,

sino una situación muy particular donde la finalidad es proteger los **intereses** del **cliente**. Por lo tanto, solo debe atenderse al público objetivo y elaborar nuestro mensaje y nuestra defensa del mismo pensando en este único fin.

Cuando se habla a la sala, hay que tener en cuenta que tanto los abogados de las partes contrarias como los jueces son profesionales del Derecho, lo que permite utilizar **términos complejos y técnicos** con cierta comodidad (sería absurdo tener que explicar qué es un auto o un recurso de casación, por ejemplo). No obstante, si se está hablando de otro tipo de conceptos que no son de común conocimiento (p.e. las técnicas practicadas por un médico cuando atendió a un enfermo, como un cateterismo o un TAC), estos sí deben explicarse. El juez no tiene por qué saber, *per se*, en qué consisten esas técnicas, y conviene que el orador lo exponga con **claridad** (recuerde para ello lo ya mencionado sobre visualización). Por el contrario, cuando se afronta un **interrogatorio**, puede ser que este se realice a un especialista en tal o cual materia (p.e. el médico, en el caso anterior) o que por el contrario no lo sea (ej.: otro enfermo que estaba allí y que fue testigo de los hechos). En la primera situación, las preguntas deben ser precisas y emplear terminología compleja, pero procurando que la sala comprenda su significado. En el segundo caso, debe ser el orador quien explique al interrogado los **conceptos clave**, pues de lo contrario este puede quedar confundido o, aún peor, el juez puede interpretar que había una maliciosa intención de confundirle, lo que puede provocar una amonestación por su parte.

#### 2498 Dominio de la sala y de la situación

Si el orador debe estar sentado en su sitio mientras interviene, ¿es posible dominar activamente la sala de tal manera que esto influya en la comunicación? La respuesta es sí. Dominar la sala o el espacio significa ser, de forma indiscutible, el **centro de atención** de las personas allí presentes, causando un efecto que dure más allá de la propia intervención, de tal manera que se pueda incluso condicionar las demás intervenciones.

Cuando alguien habla en público, la atención de todos los oyentes está puesta en él. Instintivamente, las personas que le observen comienzan a hacerse una **idea** no solo de lo que el orador dice sino de lo que el orador *es* o *parece ser*. De ahí la necesidad de manejar eficazmente recursos como el tono de voz, la gestualidad o la claridad expositiva. Si un orador logra transmitir **seguridad**, tranquilidad o su **dominio absoluto del tema**, está empezando a transmitir también otras ideas más sutiles pero igualmente interesantes: la de que es una persona preparada, alguien a quien hay que escuchar, que sabe de lo que habla y que, por lo tanto, es muy posible que tenga razón en lo que expone.

#### 2500 Objetivo a corto plazo

Evidentemente, el **objetivo a largo plazo** de un letrado es ganar el caso y lograr el mejor resultado posible para los intereses del cliente. Pero lograr este objetivo a largo plazo exige una gran cantidad de **pasos**, y en cada uno de ellos hay un objetivo a corto plazo que no se puede dejar de lado.

Sin embargo, a nivel retórico, el objetivo siempre es el mismo: exponer con claridad unos conceptos al **público objetivo**. Ahora bien: ¿qué posibles **objetivos** puede haber **a corto plazo**?

2502 a) **Ante el cliente**. Es fundamental que un cliente confíe en su abogado. Para ello, el profesional debe hacer un esfuerzo dirigido a hacerse entender y hacer partícipe al afectado en la estrategia jurídica a seguir. Por lo general, los clientes no quieren solo que su abogado sea bueno, también quiere estar informados de cómo están las cosas y en qué punto del proceso se encuentran. El cliente es quien, en última instancia, se verá afectado por la resolución de los asuntos, así que será bueno involucrarle en los distintos pasos de un proceso y hacerle sentir que el abogado reconoce y comprende la importancia que para él tiene el caso.

b) En los **primeros momentos del proceso**, el objetivo es plantear claramente la tesis a defender. Es aquí donde el orador debe hacer un especial esfuerzo para explicar los conceptos más relevantes dejando clara su propia versión. El tono debe ser pedagógico: hay que hacerse entender a fin de pedir luego medidas en consecuencia (para solicitar una fianza o unas medidas cautelares hay que explicar muy claramente por qué son necesarias).

c) En los **interrogatorios**, las preguntas deben construirse de forma clara y directa, de tal manera que quede claro al interrogado sobre qué se le está cuestionando. El tono debe ser **serio** -pero nunca agresivo- y el objetivo a corto plazo radica en que se ratifique una determinada versión de los hechos, lo que exige tener mucho cuidado con las palabras elegidas.

d) En la **parte final del juicio** es muy probable que todos los presentes se hayan familiarizado ya con los tecnicismos propios de cada caso (mencionando de nuevo el ejemplo anterior, no hay que explicar reiteradamente los términos médicos), y hay que insistir en lo que ha quedado demostrado, lo que era especialmente relevante y lo que no.

#### 2504 Momento de intervenir

Las primeras intervenciones, ya sea una reunión en la que hay que exponer un tema, por no hablar de la primera vez ante un tribunal, son momentos particularmente ilusionantes para un **letrado novel**. Suponen la realización de aquello para lo cual se ha estado formando y preparando durante la carrera. Esta sobreexcitación desaparece cuando, como ya se ha dicho, las intervenciones comienzan a formar parte de la **zona de seguridad** del letrado.

Con todo, no está de más tener en cuenta algunos **consejos útiles**:

- a) **Incluir** en el discurso escrito las **cuestiones protocolarias**, si proceden, pues su omisión no le dejará en buen lugar.
- b) Haber señalado en el texto las **palabras clave**, es decir, aquellas en que se quiere hacer un especial énfasis o emplear alguna herramienta retórica (como el uso de los silencios para recalcar su trascendencia).
- c) **Beber agua** antes de comenzar y, aunque parezca infantil, visitar el aseo antes de entrar en la sala, a fin de evitar algunas manifestaciones del miedo escénico.
- d) Si es posible, **conocer previamente la sala** donde tendrá lugar la reunión o el juicio, y así poder estimar si será necesario algún elemento como ordenador, micrófono, etc., y, si lo es, colocarlo en la postura adecuada para que no sea una molestia para el orador.
- e) Es bueno **interactuar** un poco con los demás juristas presentes antes de que empiece el acto en el que se haya de intervenir. Estas «**charlas de pasillo**» no son negociaciones de última hora y no tienen otro fin más que saludar a aquellos con quienes se va a trabajar, aunque representen a la parte contraria. En ocasiones, puede encontrarse fuera de la sala de vistas con el juez con el que tendrá el juicio ese día. Que no le coja por sorpresa. Estas conversaciones muchas veces ayudan a **relajar** al orador, que va comprendiendo que enfrente hay personas, profesionales del Derecho como él, colegas de profesión que, en general, sentirán simpatía por quien empieza su carrera como jurista y a quien animarán y desearán éxitos en el futuro. Buenas intenciones y buenos deseos sazonados con consejos más o menos útiles que, en definitiva, ayudarán a romper el hielo.

### 3. La oratoria en los tribunales

---

#### 2506 Registro y claridad

La claridad, se recomienda para todas las situaciones. Piense que, por lo general, a una pregunta o una argumentación poco clara suele seguir una contestación igualmente poco clara.

En cuanto al registro, se recomienda, como en otros casos, **modificación del registro oral** en función de su interlocutor. Ya se ha indicado que es muy distinto dirigirse al juez, que a su cliente o a un testigo. En el primer caso, el lenguaje deberá contener todos los tecnicismos propios del momento procesal y en los otros casos hay que, intentar evitarlos.

#### 2510 Orden del discurso

Una de las reglas básicas del discurso, después de la invención, está en la disposición u orden del discurso, vital para su comprensión. Dependiendo del momento, así se habrá de ordenar nuestro discurso. En todo caso, sí podemos fijarnos en la mayoría de los escritos procesales para determinar que resulta lógico incluir en el discurso una **breve introducción** de las cuestiones, una relación de los hechos, una aplicación o subsunción de los mismos en el Derecho y un final adecuado y breve en forma de **conclusiones** que ayude a recordar la exposición y a destacar aquello que le interese que quede más patente.

Pero, además de en la fase de audiencia previa (en su caso), en especial, en la fase de conclusiones, sea breve y preciso. No hay muchas **actividades** que puedan «cansar» más a los jueces (por no mencionar al resto de presentes), que unos informes o unas conclusiones ideados para un supuesto lucimiento personal; ello provoca las interrupciones de los jueces con un: «concluya por favor letrado» (bastante común en nuestras salas). A propósito, se puede añadir alguna **frase indicativa** de que se ha finalizado su intervención para evitar que el juzgador tenga que preguntar si lo ha hecho o no.

#### 2512 Juicios con jurado

Estamos convencidos que los **ciudadanos** elegidos para ser jurado experimentan, frecuentemente, ansiedad fruto de la responsabilidad que recae en ellos, del desconocimiento de sus cometidos y por si serán capaces de entender todo lo que sucede.

Hay que tener en cuenta que el jurado es, en cierta medida, **influenciable**. En un mundo globalizado con cercanía a las informaciones rápidas, tecnológicamente hablando, y a las redes sociales, es complicado conseguir la abstracción. Si actúa en un juicio del que hay comentarios o artículos en medios de comunicación o redes sociales, debe, con sus explicaciones, recordarle al jurado (también lo debe hacer el magistrado presidente) que lo **mediático** del caso debe permanecer **fuera de la sala** y que son ellos únicamente quienes conocen directamente el caso.

Una de las claves para lograr que el **jurado** se sienta **tranquilo** en su misión es que pueda comprender sin esfuerzos excesivos lo que se le explica. Parte de esa responsabilidad recae en el Magistrado-presidente, pero otra parte, en los letrados. Aquí, los esfuerzos por acercar el lenguaje al ciudadano deben ser mayores que en otras ocasiones.

Además, cuando se dirija al Jurado, puede **acompañar** a su **oratoria** fotografías, gráficos, esquemas, o aquello que suponga aligerar una narración que puede resultar más fácilmente comprensible con estos sencillos recursos. Mire a

los jurados con atención, pero sin insistencia (haga primero un «barrido con la mirada» sin detenerse en especial en uno; ya lo hará más adelante), entone, varíe el ritmo en función de lo que trate y observe sus miradas.

Y ensaye, ensaye siempre, pero con un jurado recuerde que la **terminología** habrá de ser **comprensible** (ofreciendo todas las explicaciones necesarias); y cuide la extensión de su discurso.

#### 2514 Errores fácilmente evitables

1. **No preparar bien el discurso** con todos los datos posibles. Se necesita tiempo e información.
2. **No estructurarlo**. Dividir en partes y redactar un escrito, largo y, para el día de su intervención oral, otro que sea muy esquemático (y habrá memorizado lo sustancial si ha dispuesto de tiempo para ello). Siga su esquema y vaya señalando (tachando, por ejemplo) lo que ya ha dicho u ocurrido.
3. **No ensayarlo**. En la medida de lo posible en un lugar lo más parecido posible al real, ensaye y compruebe su ritmo (ni lento ni rápido) y tono (ni alto ni bajo); y si puede, hágalo ante un público crítico.
4. **No prever posibles alegaciones en contra** (ya sea el Ministerio Fiscal u otro letrado) o preguntas del propio tribunal. Póngase en el lugar de la persona/s que tendrá en frente de usted.
5. **No escuchar**. No esté pendiente solamente de su guion de preguntas. Escuche a los jueces, a la parte contraria y a otras partes situadas en su misma posición. Para argumentar, esta escucha resulta imprescindible.
6. Al preguntar, **dispersarse**. Hay que tener un objetivo claro: qué espera conocer y, con ese fin, oriente bien las preguntas. Por este motivo es importante la preparación.
7. **Perder la compostura** y alterarse. Imperdonable; y si ocurre, pida disculpas.
8. **Quedarse en blanco**. Si le ocurre, piense en sus propios argumentos y céntrese en ellos (recurra a su esquema; su memoria ya le ha fallado).
9. **Repetir preguntas o respuestas**. En muchas ocasiones los magistrados se ven en la obligación de intervenir indicando: «eso ya lo ha preguntado usted antes». Cuando haga una pregunta no espontánea (la que tiene preparada en un listado), táchela (así no volverá a repetirla).
10. **No intentar conocer cómo será el lugar** en el que tendrá que actuar (al menos, hasta que se tiene confianza en uno mismo, es aconsejable «conocer el terreno» en el que hay que moverse). En especial, conozca dónde debe sentarse en cada una de las salas (en la sala, y en general, los letrados y procuradores de la parte activa están a la derecha del /los magistrados y la parte pasiva a la izquierda) y si tendrá micrófono o no.

#### 2516 Otros elementos que acompañan (e influyen) en el discurso

En este apartado deben analizarse las cuestiones siguientes:

- preparación;
- respeto y puntualidad;
- toga y vestimenta; y
- comportamiento.

#### 2518 Preparación

Entre los errores difícilmente excusables (salvo fuerza mayor o urgencia), todo lo que se vaya a decir, debe haberse preparado **con tiempo**. Reúna documentos, testimonios, todo lo que pueda necesitar y prepare su discurso con ensayos y con un guion.

#### 2520 Respeto y puntualidad

Reconozca la **autoridad del tribunal**. Trate de «usted» a todas las personas que intervengan en el proceso. No es necesario dirigirse al magistrado como Ilustrísimo Sr. D...»; bastaría con un «señoría», o «señor/a magistrado/a». Está en un lugar específico y en él hay que conocer las tradiciones, como determinadas fórmulas. Comenzar ante el tribunal con un: «con la venia», es una tradición, una fórmula educada, y una señal de respeto y reconocimiento a la autoridad judicial.

Sea **puntual** en todo caso y con todo el mundo (y si ha sido impuntual, y es posible, discúlpese).

La impuntualidad denota falta de control del tiempo, desorganización y desconsideración (e influye directamente en su imagen y en el ánimo con el que le van a tratar; su tiempo es tan importante como el de los demás). En primer lugar, llegue con tiempo de sobra a su cita.

Si prevé algún motivo justificado de retraso, adviértalo al tribunal en cuanto le sea posible (por ejemplo, puede que tenga que intervenir en un juicio pero no ha finalizado, por retrasos, en otro).

Espere su **turno** para hablar y no interrumpa, sería una importante falta de respeto.

## 2522 Toga y vestimenta

La **toga** puede obtenerla de la sala de togas de los tribunales o llevar la propia. Compruebe que es de su talla, llévela limpia y cuidada (con frecuencia se ven togas descuidadas que propician una muy mala imagen; impida por tanto que el estado de su indumentaria reste importancia a su discurso). **Vestirse apropiadamente**, no comer en la sala, no hablar por el móvil y otras cuestiones elementales de corrección debida, también son relativas al respeto a la función jurisdiccional. En especial, cuide la vestimenta para evitar la llamada de atención de su señoría (se han dado casos de chanclas, pantalones cortos y otras prendas poco apropiadas para un tribunal).

## 2524 Comportamiento en sala (con los clientes, con los colegas y con los funcionarios, jueces, magistrados y otros colaboradores de la Administración de Justicia)

En primer lugar, al entrar en la sala, si aún no debe subir al estrado, espere (en silencio y sin conversar por el móvil; déjelo sin sonido o, mejor, apáguelo -salvo fuerza mayor para lo que pedirá permiso previamente al tribunal-). Cuando llegue su **turno de intervención**, salude brevemente y actúe con el **respeto debido al tribunal**, a los colegas, a la partes y a los asistentes.

Mire a los interlocutores en cada momento. Si es al juez, a él. Si es a una testigo, a ella, etc.

Las **manos** pueden **interactuar** mientras usted habla, pero con medida (si las mueve mucho, quien le escuche puede que se sienta distraído por ellas). Si los nervios le dominan, no se aferre con fuerza a algo como tampoco deje las manos al aire. Mientras habla, coja con suavidad algún objeto si le sirve, como un bolígrafo, que pueda apartar la mirada de quien le observe de su posible temblor de manos; sirve también que tenga en las manos unos folios (su esquema-guion, por ejemplo), que tendrá apoyados en la mesa al mismo tiempo.

Sea **respetuoso** con todo el mundo; en consecuencia trate con idéntico respeto a cualquier miembro, funcionario o no, del órgano jurisdiccional y a cualquiera de los intervinientes.

Y tenga paciencia, en especial con su cliente. Comprenda que el tribunal impone, y que para muchos de sus clientes, hablar allí, y en particular la primera vez, es un momento de bastante tensión. Se impone la **comprensión**.

## C. Redacción

2550	1.	<b>Directrices generales para una redacción clara</b>	2552
	a.	Factores de la comunicación: sujetos, objeto y forma	2552
	b.	Orden, claridad y simplicidad	2560
	2.	<b>Directrices específicas para una redacción clara</b>	2568
	a.	Estructura: oraciones y párrafos	2570
	b.	Uso correcto de los signos de puntuación y otros elementos de uso frecuente	2584
	c.	La clave del discurso	2598
	d.	Claves de la comprensión: enlaces y marcadores. Referentes	2622
	e.	Léxico específico	2648
	3.	<b>La corrección en el lenguaje jurídico</b>	2660
	a.	Corrección léxica	2660
	b.	Corrección ortográfica	2664
	c.	Nociones de estilo	2670
	d.	Otras recomendaciones	2678

### 1. Directrices generales para una redacción clara

#### a. Factores de la comunicación: sujetos, objeto y forma

2552 Una de las quejas más repetidas respecto del lenguaje del Derecho es su falta de claridad. Debemos esforzarnos por lograr un lenguaje claro, llano, sin perjuicio de la debida precisión.



En toda **comunicación escrita** hay que tener presente **quién** redacta, **para quién** se redacta y el **modo más efectivo** de hacerlo. Al escribir textos jurídicos, la única diferencia radica en conocer los términos y expresiones de este lenguaje especial y adecuarlos al grado de comprensión del destinatario.

A diferencia del oral, más espontáneo, el lenguaje escrito suele ser más formal y debe estar mejor elaborado.

## 2556 Sujetos

El **emisor** del texto siempre ha de tener en cuenta al **receptor** para adaptar su expresión. Por este motivo, un escrito dirigido a un letrado debe ser formalmente distinto al redactado para un cliente. El dirigido a un letrado compañero debe ser **técnico y preciso**, porque esto supondrá exactitud, economía y seguridad jurídica. El dirigido a un cliente o a alguien ajeno al Derecho deberá evitar los tecnicismos innecesarios e incluir explicaciones de los conceptos complejos para garantizar que se comprende.

En líneas generales, aunando sujetos, objeto y forma, diferenciamos dos tipos de destinatarios.

**1. Profesionales del Derecho:** Juzgados, letrados y otros profesionales relacionados con la Justicia, que recibirán escritos de demanda, de contestación, declinatorias, conclusiones... Se aconseja un **estilo sencillo**, técnico y exhaustivo que evite el lenguaje oscuro, pero que no olvide la precisión técnica.

**2. Legos en Derecho:** Clientes y ciudadanos en general. Los escritos deben emplear un **lenguaje menos formulario** y una redacción más explicativa, sin dar nada por supuestos. El uso de sinónimos o frases que aclaren los tecnicismos -cuando sea posible-, debe permitir que el receptor del escrito entienda qué se le comunica. Para las explicaciones extensas se pueden usar las notas a pie de página.

## 2558 Objeto y forma

El objeto de la redacción será, obviamente, relativo a **cuestiones jurídicas** que pueden haber llegado a los tribunales o estar en fases previas o en otros procesos de solución de conflictos distintos del jurisdiccional. Al redactar -y revisar- los escritos, conviene tener en cuenta estos **consejos**:

a) Piense lo que quiere expresar en un **orden cronológico** con sentido (de pasado a presente o al contrario). Después redacte en ese orden cronológico.

b) Construya **frases con sujeto, verbo y predicado** (parece muy básico, pero con frecuencia lo olvidamos; no «dé por supuesto», expréselo con claridad). Evite las subordinaciones de las subordinaciones: utilice el punto y seguido -o los dos puntos, como aquí-. Las oraciones de un párrafo deben guardar relación lógica entre sí y mantener la coherencia con el resto del escrito. Cuide la **puntuación**, porque es fundamental para que el texto se entienda.

c) En las narraciones, relate los **hechos en orden**: sitúe las cuestiones en un tiempo y un lugar, identifique a las personas que hayan intervenido en los sucesos -use con propiedad los tiempos verbales: el pasado es el tiempo de lo que sucedió; no use el presente en esos casos-. Las **descripciones** deben ser **sencillas, claras, suficientes y no repetitivas**.

d) Cuando argumente, **separe y ordene los argumentos** y refiéralos a un hecho concreto para no perderse. El esquema argumentativo puede ser clave en la redacción. Tendrá un comienzo y, al final, unas conclusiones breves.

e) Si introduce documentos o anexos, **numérelos** siempre y asegúrese de que quedan reflejados en su escrito en orden.

### b. Orden, claridad y simplicidad

2560 Son enemigos manifiestos de la **buena redacción jurídica** el desorden de las ideas, la oscuridad y la complejidad.

## 2562 Orden

En los textos jurídicos son frecuentes los problemas relativos al orden de los elementos normales de la oración, es decir, el sujeto, el verbo y el predicado u objeto. La **alteración innecesaria** y torpe de este orden suele conllevar la **incomprensión**.

Antes de escribir el texto, tenga a mano dos «hojas en blanco» -en papel o en un dispositivo, como prefiera-, una con el fin de realizar un **esquema ordenado** de lo que desea expresar -para qué escribo- y otra para anotar ideas que vayan surgiendo -desconfíe de la memoria ahora: es el momento de anotar-. Si necesita hacer **enumeraciones**, estas deben hacerse según un criterio y ser claras, ir señaladas con números, letras o con el uso de marcadores -en primer lugar, en segundo lugar, etc.-. Si son varias las enumeraciones en el texto, escoja un **sistema** y hágalo suyo: se acostumbrará y en poco tiempo lo hará mecánicamente -números romanos, arábigos, letras mayúsculas o minúsculas,...-.

## 2564 Claridad y brevedad

Recuerde la importancia de considerar al destinatario al redactar: piense si el texto es claro. Es frecuente que los redactores busquen esa falta de claridad por una tradición jurídica mal entendida: lo que ocurre, en realidad, es que se adoptan **vicios adquiridos** e instaurados y que ya no tienen razón de ser. El ciudadano actual es más exigente, por lo que el profesional debe ofrecer un **buen lenguaje jurídico**, no un texto opaco e ininteligible. Piense que, en última instancia, la falta de claridad del lenguaje puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de la Const art.24 .

1. El primer enemigo de la claridad y, por tanto, de la comprensión es la **longitud excesiva** de las frases -20-30 palabras como máximo y no más de 3 líneas, como ideal- y de los párrafos -se recomiendan unas 15 líneas como máximo en general, aunque puede resultar adecuado alternar párrafos cortos, de hasta 7 líneas, con otros más largos, de hasta 20, para conseguir no cansar al lector y poder recordar para mantener el hilo de las ideas-.

2. El segundo es el **desorden**.

3. Y el tercero, el **lenguaje** excesivamente técnico o demasiado poco técnico; con frecuencia ampuloso y ambiguo. Suprima las fórmulas fijadas que no aporten significado comprensible.

El hecho de destacar con **negritas** -sin abusar- alguna palabra sirve para llamar la atención sobre lo más importante del párrafo y, al tiempo, para evitar la monotonía del texto.

## 2566 Simplicidad

En términos de redacción, lo simple no es lo fácil, sino lo sencillo. A veces, llegar a la simplicidad es bastante complicado porque exige un esfuerzo intelectual mayor. Hay que evitar lo innecesariamente **complejo**. Aunque el problema de base -el derecho material y procesal argumentado- pueda ser complicado, su redacción no tiene por qué serlo.

No repita la **misma idea**, porque el escrito resultará tedioso y propiciará la sensación de que **faltan otros argumentos**. Tampoco repita palabras innecesarias que, en ocasiones, enturbian la comprensión. Emplee sinónimos solo si no producen ambigüedad.

## 2. Directrices específicas para una redacción clara

---

2568 En este epígrafe se analizan las siguientes cuestiones:

- estructura: oraciones y párrafos (nº 2570 s. );
- uso correcto de los signos de puntuación (nº 2584 s. );
- la clave del discurso (nº 2598 s. ); y
- claves de la comprensión: enlaces, marcadores y referentes (nº 2622 s. ).

### a. Estructura: oraciones y párrafos

2570 Es fundamental distribuir la información en oraciones cortas y en párrafos bien estructurados para una lectura más fácil. La oración y el párrafo son las **unidades básicas** en un texto, y esta segmentación facilita su legibilidad. El párrafo ha de guardar armonía con el sentido general del texto para que cumpla con el requisito de todo buen discurso: **coherencia**. Es necesario, por lo tanto, segmentar bien el texto, evitar la sintaxis incorrecta, la longitud excesiva de los párrafos o su incorrecta división.

### 2572 Errores más frecuentes detectados en oraciones o párrafos

A continuación se analizan las siguientes cuestiones:

- párrafos unioracionales o demasiados segmentados;
- cambios de párrafo; y
- oraciones de relativo.

### 2574 Párrafos unioracionales

Los **párrafos concatenados** por oraciones complejas demasiado extensas (subordinadas o unidas por incisos), son los llamados párrafos unioracionales.

Sirva como **ejemplo** este extracto de un párrafo caracterizado por su extensión: [...] *De la regulación positiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración así como de la jurisprudencia de aplicación a la responsabilidad en el ámbito sanitario nos encontramos con que siguiendo lo que el TS viene sosteniendo (así St., sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, Sección 6ª, S de 6 Feb. 2007) cuando se trata de reclamaciones derivadas de la*

actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la «Lex Artis» como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

La solución consiste en **fraccionar** el párrafo en oraciones simples separadas por punto y seguido, vigilar la puntuación y la sintaxis. Las oraciones no deberían exceder las 3 líneas.

### 2576 Párrafos demasiado segmentados

Los párrafos demasiado segmentados impiden la coherencia, ya que se encuentran desgajados entre sí. Para evitarlo se recomienda emplear correctamente algún **enlace o conector** que una el párrafo aislado con el que le precede para lograr la «hilazón». Siempre hay que tener cuidado para no utilizar de forma errónea los conectores, pues el texto perderá su sentido lógico. A modo de ejemplos se pueden citar conectores como los **temporales** (*antes, después, por último*), **de oposición** (*sin embargo, por otra parte*), **aditivos** (*además, incluso*), u **organizativos** (*ante todo, para resumir*). Hay muchos más conectores, que pueden localizarse en cualquier manual de lengua española.

### 2578 Cambios de párrafo injustificados

El cambio de párrafo debe implicar una nueva idea o argumento. Si el nuevo párrafo no añade información, sino que se limita a **repetir, reformular o ampliar** algún aspecto del anterior, es un párrafo injustificado y, por tanto, prescindible. Conviene evitar las repeticiones innecesarias, pero, si se debe ampliar la información, mejor en un solo párrafo bien estructurado y puntuado con lógica.

### 2580 Oraciones de relativo

En los textos jurídicos, caracterizados por párrafos muy largos, tienen mucha importancia las oraciones de relativo. Dada la cantidad de enunciados que se relacionan en un texto jurídico, hay que tener especial cuidado con la **indeterminación o incoherencia**. Por ello, en un párrafo compuesto de varias oraciones de relativo es necesario dejar siempre bien claro cuál es el antecedente.

De igual modo, y para eludir la reiteración de oraciones de relativo, hay que evitar los relativos idénticos y buscar las formas adecuadas (*quien, cuanto, donde, cuando...*). Cabe mencionar aquí que se está popularizando el uso inapropiado de «donde», que solo debe emplearse cuando el antecedente es un lugar -p.e. «esa es la casa donde ocurrió», pero no «ese es el informe donde se explica...», sino «informe en el que se explica»-.

#### Precisiones

Como mero recordatorio, mencionamos aquí que las oraciones de relativo se dividen en:

- Explicativas** (la información que se añade es prescindible). Ejemplo: *El delincuente, que es de nacionalidad rumana, está detenido.*
- Especificativas** (la información es imprescindible). Ejemplo: *Los espectáculos que implican crueldad hacia los animales han sido prohibidos.*

Las primeras han de ir entre comas, mientras que las segundas no. Si se invierte el uso, el mensaje transmitido podría inducir a error.

- 2582 Hay que ejercitarse en el empleo correcto de los **pronombres** y los **antecedentes**: *que, cual, el cual, cuyo...* El uso de «**el cual**» es obligado en complementos partitivos (ejemplo: *Tenía abierta otras cuatro causas, dos de las cuales eran por robo*), en cláusulas absolutas (ejemplo: *Dicho lo cual...*), o como término de locuciones preposicionales (ejemplo: *La víctima sufrió graves heridas a consecuencia de las cuales falleció*). En todo caso, si no se tiene claro su empleo correcto, es aconsejable terminar la oración con un punto e introducir el resto de la información con un **demonstrativo**: *La víctima sufrió graves heridas. A consecuencia de estas heridas, falleció.*

«**Cuyo**» es un relativo con valor posesivo. Es notable el abandono en el que se encuentra, sustituido por el «quesuismo» (**que su**), que denota falta de soltura en la redacción.

**Incorrecto:** *Este es el hombre que se conoce su identidad.*

**Correcto:** *Este es el hombre cuya identidad se conoce (o del que se conoce la identidad).*

**Incorrecto :** *Esta es la sentencia que su fallo comentaremos* **Correcto:** *Esta es la sentencia cuyo fallo comentaremos. Este es el informe que su colaborador me entregó.*

*Me dijo que su jefa no vendría hoy* (aquí, «que» es conjunción).

## b. Uso correcto de los signos de puntuación y otros elementos de uso frecuente

2584 La puntuación es un elemento fundamental para lograr la comprensión y la **correcta interpretación** que todo documento jurídico requiere.

Hay que ser especialmente cuidadosos con la coma y el punto y coma. El punto y seguido es muy útil para evitar oraciones largas, farragosas y confusas.

### 2586 Coma

1. Son **funciones** de la coma, entre otras, las siguientes:

- en una enumeración, **coordinar** los elementos;
- señalar la **elisión** de algún verbo o complemento verbal;
- indicar **cambios** en el orden de los elementos; y
- marcar los **incisos** correspondientes -es decir, aquellos elementos explicativos o aclaratorios que se introducen a mitad de una oración-, en cuyo caso, las comas estarán bien puestas si, al eliminar todo lo que se encuentra entre ellas, la oración es gramaticalmente correcta y tiene sentido.

### 2588 2. Errores relacionados con el uso de la coma:

- Colocar una coma entre el sujeto y el predicado o entre el verbo y los principales complementos verbales (objeto directo, objeto indirecto, complementos de régimen preposicional...). Ejemplo incorrecto: *El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sujeto), pronunció (verbo) auto (complemento)...*
- No colocar una coma para señalar la **elisión de un verbo**. Ejemplo incorrecto: *En caso de no llegar a un acuerdo entre las partes, los días laborables corresponden a la madre y los festivos al padre*. La coma debe colocarse tras el vocablo «festivos».
- No colocar una coma en la **delimitación de incisos** (pues es imprescindible que estos vayan con comas), dado que explican, complementan, aluden a autores, obras o apartados del mismo texto. *El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sujeto), tras estudiar los hechos (inciso explicativo), pronunció auto...* -nótese que, si eliminamos el inciso de coma a coma, la frase que queda tiene sentido completo y es correcta: *El TSJM pronunció auto...*.
- No colocar una coma en los **marcadores parentéticos** (elementos del tipo: en primer lugar, por otra parte, no obstante...) cuando estos aparecen al principio de la oración. Ejemplo correcto: *Es necesario, por tanto, continuar con el proceso;*
- No colocar coma para indicar cambios en el **orden lógico** de una oración. Dicho orden es sujeto+verbo +complementos/oración subordinada adverbial. Cuando este orden se altera, es necesario indicar el cambio con una coma. Ejemplo correcto: *Sobre la legalidad de dicha norma, se ha pronunciado el tribunal*. En el orden lógico no hace falta coma: *Se ha pronunciado el tribunal sobre la legalidad de dicha norma*.
- Emplear la coma para **separar oraciones** entre sí (en vez del punto). La función principal de la coma es delimitar unidades más pequeñas de la oración. Un caso típico es separar con comas oraciones complejas que poseen puntuación interna. Lo correcto en este caso es utilizar punto y aparte para separar los bloques o enumeraciones complejas.
- Presencia de coma en una **cita textual** que se reproduce tras un verbo de dicción. Lo correcto es prescindir de la coma. Ejemplo correcto: *El fiscal solicita «la presencia del imputado en el lugar»*. Ejemplo incorrecto: *El fiscal solicita, «la presencia del imputado en el lugar»* (sobra la coma después de «solicita»).

### 2590 Punto y coma

1. **Funciones** del punto y coma:

- **Delimitar** unidades sintácticas independientes, yuxtapuestas, de fuerte relación entre ellas, de manera especial cuando las unidades son complejas (con comas en su interior o que presentan puntuación interna). Ejemplo: *El primer imputado fue multado; el segundo, absuelto; el tercero, enviado a la cárcel*.
- **Separar** oraciones subordinadas adverbiales (como las adversativas, causales o finales, entre otras) de su oración principal. Ejemplo: *Asistí a la vista; por consiguiente, sé de lo que estoy hablando*.

2. **Errores** relacionados con el uso del punto y coma:

- **Abuso** del punto y coma al unir unidades sintácticas entre sí para dar mayor información. Ejemplo incorrecto: *El abogado presentó una buena defensa; era su primer cliente*. Ejemplo correcto: *El abogado presentó una buena defensa: era su primer cliente*.

- Emplear el punto y coma para **introducir** una **enumeración** en lugar los de dos puntos. Ejemplo incorrecto: *Se confiscaron los siguientes objetos; dos teléfonos, una sierra...* Ejemplo correcto: *Se confiscaron los siguientes objetos: dos teléfonos, una sierra...* En ocasiones, enumerar los elementos en forma de lista es una buena solución.

#### 2592 Dos puntos

Se usa correctamente en los siguientes casos, entre otros:

- Para enumerar **elementos explicitados** previamente de forma genérica. Ejemplo: *Las tres circunstancias que concurrieron fueron: primera..., segunda...*
- Para reproducir palabras en **estilo directo**. Ejemplo: *La fiscal concluyó: «Mi objetivo es preservar el bien del menor».*
- En textos jurídicos y administrativos, **después de verbos “realizativos”** (certifica, dice, expone, solicita) que suelen escribirse en línea aparte. Como **excepción**, con estos verbos y en estos textos, se admite el uso de los dos puntos tras la conjunción «que». Ejemplo: *Mi representado solicita que: Se admita a trámite este escrito...*
- Para indicar una **conclusión o resumen**, o la relación de **causa o consecuencia** sin los nexos correspondientes. Ejemplo: *Es demasiado largo: no me da tiempo. Estoy de acuerdo con todo lo expuesto: queda admitido.*

#### 2594 Punto y seguido

Su principal **función** es separar contenidos o elementos sintácticos que integran un párrafo.

El punto permite **acortar** las frases y **simplificar** la redacción: menos incisos, menos oraciones subordinadas. Si empleamos bien los nexos oracionales nos aseguramos de no romper el hilo sintáctico de las frases y facilitar su comprensión. Algunos nexos oracionales o marcadores textuales son: no obstante, por el contrario, por tanto, por un lado, para resumir, como conclusión, a causa de, por razón de, teniendo en cuenta que, antes, después...

Cabe recordar que las **abreviaturas** deben llevar punto: *Sra., D.ª, etc., Excmo.* En cambio, los **títulos** no acaban con punto -p.e. todos los títulos de los epígrafes de este Memento-

#### 2596 Punto y aparte

Ha de emplearse para separar **párrafos de contenido diferente**: un párrafo para cada idea y una idea en cada párrafo. No conviene empezar párrafo aparte si se continúa con la misma idea o con aspectos relacionados del mismo asunto. Hacer esto da la sensación de que faltan argumentos.

#### c. Clave del discurso

#### 2598 Verbo

1. El error más frecuente es la **mezcla de tiempos verbales**: una narración hecha en presente, que mezcla tiempos de pasado. Esta falta de consistencia impide que se entienda la cadena de los acontecimientos o las razones que se enumeran.

2. Uso arcaizante del **futuro de subjuntivo**. Es un tiempo en claro desuso, sobre todo cuando es utilizado como futuro hipotético, por lo que se recomienda sustituirlo por otros tiempos como el presente de subjuntivo o el pretérito imperfecto de subjuntivo. Así, se recomienda usar «dicte» o «hubiera dictado» en vez de «dictare». Ejemplo mejorable:... *a los efectos que fueren pertinentes...* Recomendable: *a los efectos que fueran pertinentes.*

#### 2602 Formas no personales del verbo

Las formas verbales que dan pie a más **errores** son las formas no personales del verbo.

#### 2604 Gerundios

Los gerundios se utilizan con mucha frecuencia en el lenguaje jurídico, a veces, excesiva. El gerundio no ofrece información de persona, número ni tiempo, y su significado dependerá de la relación que establezca con la oración principal. Por eso, es esencial tener en cuenta lo siguiente:

- que el **sujeto** del gerundio debe coincidir con el de la oración principal;
- que su **acción debe ser** simultánea o inmediatamente anterior a la del verbo principal; y
- que la **acción** del gerundio **debe informar** sobre una circunstancia (de causa, modo, tiempo o condición) del verbo principal.

Saltarse estas reglas origina varios **usos incorrectos** del gerundio cuya consecuencia es la ambigüedad.

#### 2606 Usos incorrectos del gerundio

- a) Gerundio **de posterioridad**: si se incumple la segunda regla -acción justo anterior o simultánea a la del verbo principal-

### Ejemplo

1) **Correcto:** *El acusado declaraba mirando fijamente al juez (mientras miraba al juez es una circunstancia de modo).*  
**Incorrecto:** *Dicha ley creó es categoría jurídica, dándole validez para todos los residentes.* En este caso, lo correcto es sustituir el gerundio por una acción coordinada copulativa: *Dicha ley creó esa categoría jurídica y le dio validez para todos los residentes.* También valdría un punto con un conector: *Dicha ley creo esa categoría jurídica. Asimismo, le dio validez para todos los residentes.*

2) **Incorrecto:** *Entró en la comisaría, saliendo minutos después.*

**Correcto:** *Entró en la comisaría, de donde salió minutos después (oración de relativo).*

3) **Incorrecto:** *Declaró que oyó ruidos en la calle, **acudiendo** rápidamente con tres amigos.*

**Correcto:** *Declaró que oyó ruidos en la calle, por lo que acudió rápidamente con tres amigos (oración consecutiva).*

4) **Incorrecto:** *La responsable llamó a la policía, **realizándose** la operación de desalojo en una hora.*

**Correcto:** *La responsable llamó a la policía, que realizó la operación de desalojo en una hora (oración de relativo).*

En cada caso será necesaria la expresión que refleje la **relación semántica** oportuna: causa, modo, consecuencia (*por lo que*), que sirva para añadir información (*así como, también, asimismo*).

2608 b) Gerundio **especificativo (o del BOE)**: se emplea como **adjetivo** (para señalar la característica de un nombre). Hay que sustituirlo por una oración de relativo:

### Ejemplo

**Incorrecto:** *El ladrón se llevó un maletín **conteniendo** muchos euros.*

**Correcto:** *El ladrón se llevó un maletín **que contenía** muchos euros.*

c) Gerundio **de conclusión**: cuando se utiliza para indicar una **consecuencia** de la acción principal. También incumple la regla segunda. En estos casos, es posible redactar una nueva oración con un verbo conjugado y un introductor del tipo: con ello, por tanto, como consecuencia...

### Ejemplo

**Incorrecto:** *Las llamas pronto alcanzaron la carretera, **siendo** necesario avisar a los bomberos.*

**Correcto:** *Las llamas pronto alcanzaron la carretera, **por lo que** fue necesario avisar a los bomberos.*

d) Gerundio **encadenado**: se produce cuando se utiliza para referir una serie de acciones que deberían expresarse con verbos en forma personal.

### Ejemplo

**Incorrecto:** *Otra persona le entregó un paquete, **diciéndole** que lo guardara, **manteniendo** el acusado dicho paquete en su poder, **llegando** a su destino y **entregándolo** en esta dirección.*

**Correcto:** *Otra persona le entregó un paquete y le **dijo** que lo guardara. El acusado **mantuvo** dicho paquete en su poder, **llegó** a su destino y lo **entregó** en esta dirección.*

### 2610 Participio

El participio es otra de las formas no personales del verbo muy frecuente en los textos jurídicos. Destacamos dos **usos**:

a) Participio **de presente**: es un **uso arcaico** (firmante, recurrente, resultante). Se emplea con el valor de una oración de relativo («resultante» en lugar de «el que resulta»), uso del que no se debería abusar.

b) Participio **absoluto**: es un **inciso** que actúa como complemento circunstancial de tiempo. Debe ir entre comas. Es frecuente al principio de la oración, seguido de una coma. A pesar de que su uso excesivo se traduce en un enunciado con pocos conectores, bien utilizado resulta muy económico, porque ofrece mucha información en poco espacio.

### Ejemplo

*Leída y publicada la anterior sentencia...; Vistas las anteriores circunstancias...; Evacuado el trámite de conclusiones...*

Podría decirse: *Después de leer y publicar la anterior sentencia...; Tras haber visto las anteriores circunstancias; Una vez que haya sido evacuado...*

## 2612 Infinitivo

El infinitivo necesita un verbo conjugado del que depender. Destacamos dos **usos incorrectos**:

a) **Uso generalizado** del infinitivo y de la perífrasis **a+infinitivo** con valor de mandato u obligación. Ejemplo: *señalar donde proceda, a rellenar por la parte*. Sería más correcto sustituir ambas formas por construcciones del tipo: *hay que señalar, hay que rellenar* o imperativos: *señálese, rellénese*.

b) **Uso incoativo**: se da cuando se introducen oraciones sin un verbo conjugado.

**Incorrecto**: *Agradecer su atención; Añadir como conclusión; Destacar la actuación del juez*.

**Correcto**: *Queremos agradecer su atención; Concluiremos diciendo que; Cabe añadir como conclusión que...; Nos alegra destacar la actuación del juez*.

## 2614 Voces

La voz **pasiva** es la que ocasiona mayores problemas en el lenguaje jurídico por un uso excesivo y, en ocasiones, innecesario o contraproducente.

## 2616 Pasiva (o pasiva perifrástica)

Es frecuente encontrar en los textos jurídicos construcciones del tipo **ser+participio+por**. Recordemos que la voz activa es la natural en español, por lo que un uso excesivo de la pasiva suena raro a los oídos de un ciudadano medio. La pasiva debe emplearse cuando queremos que el lector fije su atención en el sujeto (paciente) en lugar de en el complemento agente -el que realiza la acción-:

**Correcto**: *La víctima fue golpeada salvajemente por su agresor* (lo importante es la víctima y los golpes que recibió). También es válida: *El agresor golpeó salvajemente a la víctima*, aunque cambia la perspectiva.

## 2618 Pasivas reflejas

En el lenguaje habitual la pasiva refleja se construye con la forma «se» antes de un verbo en voz activa -en singular o en plural-, seguido de un **sustantivo**, que actúa como **sujeto gramatical**. No lleva complemento agente.

Ejemplo: *Se necesitan secretarios judiciales*.

En el lenguaje jurídico es muy frecuente encontrar pasivas reflejas en los textos, lo que origina un efecto de **distanciamiento y lejanía** respecto del ciudadano y el lenguaje coloquial, en ocasiones buscando una impersonalidad lógica en estos escritos. Ejemplo: *Se señaló día para la vista; Se remitieron las actuaciones*.

No es condenable, siempre que se use con moderación y no oscurezca el mensaje. Sí lo es, por innecesario, que en una pasiva refleja aparezca el complemento agente. Para evitar este vicio, es aconsejable convertir la pasiva refleja en una construcción activa. Esta opción es la más lógica, adecuada y coherente, pues otorga mayor sentido al texto. Ejemplo: *Se remitieron las actuaciones por el juez*. Mejor: *El juez remitió las actuaciones* (más breve, más clara, más directa).

Cabe reseñar que **no es incorrecto**, sino que es una construcción que alarga sin necesidad la frase y no resulta lógica desde las perspectivas sintáctica ni semántica: empleemos casi siempre la voz activa; si lo importante es el que recibe la acción, usemos la pasiva perifrástica: *la víctima fue salvada*; si se trata de resaltar la impersonalidad, la pasiva refleja: *se dictó la sentencia con rapidez*; pero sin añadir el sujeto camuflado de complemento: *se dictó la sentencia por el juez*.

## 2620 Pasiva nominal

La pasiva nominal es una construcción en la que se acude a los **nombres de acción** (deposición, destitución, sustitución, demolición...). Algunos autores proponen introducir el giro «por parte de», para que el enunciado quede más claro. Correcto: *La demolición ordenada por parte de las autoridades competentes*. En general, conviene no abusar de esta construcción, rebuscada, y acudir a la más natural: *La demolición ordenada por las autoridades competentes o Las autoridades competentes ordenaron la demolición*.

Hay que ser cautos, porque este uso puede inducir **ambigüedad** en algunos casos. En *El proyecto fue apoyado por parte de la dirección*, «por parte de» puede significar que no todos los miembros de la dirección apoyaron el proyecto.

## d. Claves de la comprensión: enlaces y marcadores. Referentes

2622 En cualquier escrito, el orden, la claridad y no omitir ninguno de los pasos mentales -por considerarlos sabidos-, permitirán al lector seguir con exactitud nuestro proceso intelectual. Para que esto sea posible, hay que manejar con soltura y precisión otros elementos al escribir:

a) Por un lado, los **enlaces**, que son las expresiones que establecen la **relación entre una oración y otra**. Conducen el sentido del mensaje y elegir unos u otros dependerá de cuál sea el objetivo concreto del escrito, pues debemos seleccionar los mecanismos lingüísticos apropiados para que el texto resulte claro y **eficaz**.

b) Por otro lado, los **marcadores**, que son los términos que van dando **pistas** sobre lo que se escribe.

Sin ánimo exhaustivo, se enumerarán algunos de ellos en función de los distintos tipos de textos jurídicos (argumentativos y expositivos, enumerativos, narrativos y descriptivos).

#### 2624 Textos argumentativos y expositivos

A continuación, se analizan:

- las claves de la eficacia de estos textos; y
- los enlaces para los mismos.

#### 2626 Claves de la eficacia de los textos argumentativos y expositivos

Estos textos, que exponen las **razones** que justifican una postura (exposición del abogado, de un fiscal en un juicio, sentencia, un informe para un cliente...) deben basarse en unas premisas y conducir, de forma razonada, a una o varias **conclusiones**. Se comprenderán mejor si se redactan siguiendo estas **indicaciones**:

- Ordenar** de forma clara y lógica, sin saltos argumentativos (primero premisas, después conclusión; o conclusión a la que se llega a partir de unas premisas, hechos o fundamentos).
- Guiar** al lector con indicadores predictivos («por las cinco razones siguientes»). En función de su desarrollo más o menos largo, puede ser aconsejable enumerar las razones en párrafos independientes.
- Emplear **marcas de enumeración** (primera, segunda; 1.º, 2.º, 3.º...).
- Incluir** los **incisos** explicativos al final de la frase o del párrafo. Mejor si se redactan en frase aparte, porque resultará más claro.
- Indicar la relación entre los distintos **elementos del razonamiento**, y cómo conducen a la conclusión.

#### 2628 Algunos enlaces para los textos argumentativos y expositivos

- Para introducir las premisas contamos con los **conectores causales**: *al + infinitivo, puesto que, debido a, visto que, a tenor de, en tanto en cuanto...* Ejemplo: *Al considerar probado que la víctima abrió voluntariamente al acusado...; Puesto que en el escrito de alegaciones ya se consignó que...; Debido al comportamiento violento de los manifestantes...*
- En las **relaciones de causa** o consecuencia también se usan: *porque, pues, ya que, como quiera que, puesto que, por tanto, por consiguiente...*
- Para **explicar** tenemos: *es decir, o sea, por ejemplo, en otras palabras, de hecho...*
- Si queremos **contrastar términos**: *pero, mas, sino (que), no obstante, sin embargo, por otra parte, a pesar de, por el contrario, en cambio, aunque... A pesar de lo dicho por el fiscal, insistimos en la necesidad de llamar a declarar al policía.*
- Para introducir la **conclusión**: *por consiguiente, por tanto, en conclusión, por lo que, en consecuencia, de ahí que, por todo lo expuesto, por estos motivos, basados en las razones expuestas, según los argumentos mencionados...*
- Para terminar o  **sintetizar**: *en fin, para finalizar, en síntesis, en resumen, finalmente, como colofón...*

#### 2630 Textos narrativos y descriptivos

A continuación se analizan:

- las claves de la eficacia de estos textos; y
- los enlaces y marcadores de los mismos.

#### 2632 Claves de la eficacia de los textos narrativos y descriptivos

El **orden** es fundamental en estos documentos con los que se pretende explicar la concatenación de unos hechos, o dar detalles sobre personas, lugares u otros elementos a fin de poderlos identificar.

Enumeramos algunas pistas para mantener el orden.

1. Narrar los hechos siguiendo un **orden temporal**. Estamos relatando hechos reales que deben conformar una historia comprensible y verosímil. Debemos recordar que sobre esos hechos se elaborará la argumentación y sobre ella, las conclusiones.



2. Utilizar correctamente los tiempos verbales que permitan mantener en la mente del lector la **secuencia cronológica**. Aunque es muy frecuente, no es aconsejable usar el «presente histórico» para contar hechos ya ocurridos, porque impide distinguir las acciones pasadas de las actuales. *El pasado 21 de agosto acudo al trabajo, quito la alarma y siento un ruido. Me giré y veo al acusado que corre con un palo en la mano...* (presente: acudo, quito, siento; pasado: giré, presente: veo).

2634 3. Combinar con precisión los distintos **tiempos del pasado** (en el pasado, unas acciones habrán sucedido antes que otras, o simultáneamente). Para ello, habrá que recurrir al pretérito perfecto, al indefinido, al pluscuamperfecto, al pretérito anterior, al condicional... *El pasado 21 de agosto acudí al trabajo, estaba quitando la alarma cuando sentí un ruido. Me giré y vi al acusado, que había cogido un palo del suelo, correr hacia mí con él en la mano...*

4. Evitar el uso del gerundio en las **descripciones** y en las **narraciones** porque no sitúa la acción, ya que esta forma no personal del verbo no ofrece información temporal -tampoco ofrece información sobre el sujeto-.

5. Situar la acción utilizando **expresiones temporales**.

6. Describir los sujetos o **elementos relevantes** sin mezclarlos. Identificar a los distintos «personajes» para que no haya confusión sobre el autor de cada acción. Es decir, asegurarse de que el sujeto de cada acción está explícito en la oración o que resulta fácil deducir cuál es (está en las oraciones cercanas o por el contexto resulta evidente).

### 2636 Algunos enlaces y marcadores de los textos narrativos y descriptivos

Además de los ya mencionados, al describir o narrar se pueden necesitar todo tipo de **conectores** que sitúen la acción en el tiempo, en el espacio, que den detalles...

a) Para situar la **acción en el tiempo**: *entonces, luego, cuando, a continuación, en aquel momento, pronto, inmediatamente, después de, una vez que, tan pronto como, mientras, desde..., entre los días 15 y 20 de marzo del pasado año, de enero a junio, a la noche siguiente, un par de horas después, antes de entrar en la habitación, después de haber oído el golpe...*

b) Para situar la **acción en el espacio**: *allí, cerca de la víctima, dentro del coche, en la calle Mejorada número 6, en el domicilio del acusado, en el despacho contiguo, por los alrededores...*

c) Pueden **unir o añadir información**: *también, asimismo, además, así como, y...*

### 2638 Enumeraciones

A continuación se analizan las claves de la eficacia de las enumeraciones y algunos enlaces enumerativos.

### 2640 Claves de la eficacia de las enumeraciones

Cuando se maneja mucha información, es crucial presentarla de manera estructurada. En ocasiones, puede ser complicado encontrar un criterio que dé coherencia a una enumeración, pero el autor del escrito es el responsable de hacer el esfuerzo intelectual para encontrar el **criterio distintivo** de cada serie, para evitar la confusión.

1. Para presentar de manera ordenada gran cantidad de **información heterogénea**, lo primero es encontrar un criterio claro (material encontrado, personas implicadas, razones que se exponen, trámites previstos, fechas de actuación, régimen de visitas...).

2. Separar en distintas enumeraciones **elementos diferentes**.

3. Utilizar una **expresión predictiva** que indique qué se va a enumerar (mejor aún si se indica también cuántos elementos tiene). Es más preciso decir: *se encontraron los siguientes tres objetos: en primer lugar..., en segundo lugar..., por último*, que decir: *se encontró lo siguiente*.

4. Emplear **marcas de numeración** (a, b, c, o 1.º, 2.º, 3.º...).

5. Señalar la **relación de jerarquía** que pueda haber entre los elementos enumerados.

6. Cuando la complejidad de cada elemento así lo aconseje, emplear **párrafos independientes** para cada elemento de la enumeración.

7. No mezclar elementos que deberían pertenecer a otra **lista o enumeración** (mantener el criterio clasificatorio para evitar incoherencias). Para ello, es muy útil releer la clasificación y comprobar que todos los elementos «pertenecen a esa familia de conceptos» (herramientas, razones, objetos incautados, sospechosos, documentos intervenidos...).

### 2642 Enlaces enumerativos

a) **Expresiones predictivas**: *los tres motivos siguientes, las cinco razones que mencionamos, los dos elementos que siguen...*

b) Para marcar el **orden secuencial**: en primer lugar, en segundo lugar, en tercer lugar...; por un lado, por otro lado; el primero, el segundo, el tercero...; a, b, c..., h, i...

Ejemplo de **lista homogénea** (con diferentes niveles de jerarquía):

*La procuradora termina suplicando al Juzgado que se dicte sentencia por la que:*

1º.- *Se determine la división de la cosa común.*

2º.- *Se declare la extinción del uso y disfrute que actualmente ostenta.*

3º.- *De forma subsidiaria, que se proponga una división distinta y más rentable del inmueble y se declare:*

- *que haya lugar a dicha división y se adjudique a cada una de las partes;*

- *que las adjudicaciones se lleven a cabo en ejecución de sentencia;*

- *que cada adjudicatario abone los gastos e impuestos propios de la respectivas adjudicaciones.*

4º.- *Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.*

Ejemplo de **lista no homogénea**:

*Respecto al régimen de visitas y comunicación, el padre podrá tener consigo a los hijos:*

A) *Los días laborables por la tarde siete a diez.*

B) *Los fines de semanas alternos, desde las ocho de la tarde del viernes.*

C) *La mitad de los periodos vacacionales de los menores en Navidad y Semana Santa.*

D) *También se determina que compartan el pago de las actividades extraescolares de los hijos. (Esto no está relacionado con el régimen de visitas).*

#### 2644 Referentes (anafóricos)

Los referentes son las expresiones que se usan para referirse a **distintos elementos de la realidad**. Pueden referirse directamente a esa realidad (*Berta, el hijo de Ricardo, el domicilio del señor M., la pistola utilizada en el crimen, la cantidad adeudada*) o pueden hacer referencia a un elemento del texto mencionado con anterioridad que se denomina **antecedente** (*ella, el mencionado motivo, aquel día...*). Estas últimas son expresiones anafóricas.

Para evitar confusiones o ambigüedades conviene tener presentes estos tres **aspectos**:

- a) El género y el número del antecedente y de la expresión anafórica coinciden: se mantiene la concordancia.
- b) El antecedente existe: se ha explicitado a la izquierda de la expresión anafórica (*antes*).
- c) El antecedente no está muy alejado de la expresión anafórica (*es el primero posible a su izquierda*).

En muchas ocasiones se utilizan pronombres personales (*él, la, lo, le*), demostrativos (*este, ese, aquel*), posesivos (*su*), neutros (*lo, ello, esto, eso, aquello*), relativos (*que, cuyo*). Un **uso poco cuidadoso** dificultará la comprensión.

#### Ejemplo

1) Los hijos del matrimonio permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre y en el domicilio de **esta** (madre: antecedente; esta: referente anafórico [pronombre demostrativo]).

2) Que, estimando el recurso interpuesto por el representante procesal, contra el acto administrativo que se menciona en el primer fundamento de derecho, **lo -¿el recurso, el acto administrativo, el fundamento de derecho?- anulamos** porque no es ajustado a derecho.

2646 Un ejemplo ilustrativo: falta de concordancia de género y número, falta de referentes, escasez de conectores, frases largas, puntuación deficiente. Se propone otra redacción más clara y ordenada.

#### Ejemplo

*Previos los trámites procesales correspondientes y **práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas** la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número XX de Córdoba, dictó sentencia el 18 de xxx de 20xx, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. CL, en nombre y representación de doña NR, contra don JM, debo declarar y declaro la extinción del condominio existente sobre **el inmueble sita** en Córdoba, CALLE000 NUM000, **de conformidad con** el informe pericial obrante en autos, procediéndose en fase de ejecución de sentencia a la adjudicación a cada una de las partes de los lotes determinados por **dicho técnico (¿cuándo se ha mencionado?)** y por el valor **que de los mismos efectuado** en el informe, con **los correspondientes compensaciones** económicas en **efectivo metálico**, caso de producirse diferencias de valor, **y lo anterior**, mediante sorteo de los respectivos lotes, **supuesto de no existir** acuerdo de las partes en cuanto a las respectivas adjudicaciones, debiendo cada adjudicatario abonar los gastos e*

impuestos propios de las respectivas adjudicaciones y, todo ello, sin hacer especial pronunciamiento acerca de las costas causadas.

**Propuesta corregida:** Realizados los trámites procesales correspondientes y **practicada** la prueba propuesta por las partes, fueron admitidos por la Ilma. Sra. magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia número XX de Córdoba, quien dictó sentencia el 18 de xxx de 20xx. La parte dispositiva de **dicha sentencia** se refiere a continuación. FALLO: Que, **a partir del** informe pericial recogido en autos, **estimo** parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. CL, en nombre y representación de doña NR contra don JM. **Por ello**, debo declarar y declaro la extinción del condominio existente sobre el inmueble de la CALLE000 NUM000 de Córdoba. **Por tanto**, determino que en fase de ejecución de sentencia se adjudique a cada una de las partes los lotes determinados en **el mencionado informe según el valor establecido en él**, con las correspondientes compensaciones económicas en **metálico si hubiera diferencias de valor**. En caso de que no haya acuerdo entre las partes, los lotes se adjudicarán mediante sorteo. Cada adjudicatario deberá abonar los gastos e impuestos propios de las respectivas adjudicaciones. Todo ello, sin especial pronunciamiento sobre las costas.

#### e. Léxico específico

2648 Se sabe que el Derecho, como ciencia que es, utiliza un lenguaje propio, especializado y técnico, cuyo uso debe adecuarse al receptor del escrito, como se indicó al hablar de los sujetos de la comunicación.

La **precisión** es un factor esencial en el **lenguaje jurídico** del que puede depender la correcta expresión de cuestiones relativas a la libertad de una persona o a su patrimonio.

#### 2650 Tecnicismos

Cabe diferenciar **tres tipos** de tecnicismos, en función de la **facilidad** de sustitución sin afectar a su significado:

a) Los que se pueden denominar **no fácilmente sustituibles y oscuros para personas cultas**, como: *allanarse, desistir, enervar, dación en cuenta, pendencia, reconvenición...*

b) Los no fácilmente sustituibles pero **inteligibles para personas cultas**, como: *acto, atestado, cédula, despacho, incoar, requerir, transigir...*

c) Y los **tecnicismos y marcas de registro sustituibles**: *acción ejercitada, antecedentes fácticos, dimanante, estar a lo previsto, evacuar un traslado, foliado, obrante...*

Una vez más volvemos al **sujeto receptor**. Si va destinado al órgano judicial o a un colega, es recomendable la utilización de los primeros y segundos de la lista anterior. Si va a un cliente o a alguien lego en Derecho, o se explica a continuación del tecnicismo lo que significa, o se sustituye por un sinónimo adecuado -por ejemplo, en lugar de utilizar el polisémico «evacuado un traslado», diga simplemente: «trasladado», o si lo prefiere, «cumplido el traslado»-.

#### Precisiones

Un estudio sobre el **uso de los tecnicismos en el lenguaje jurídico**: <http://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2015/10/CMLJ-Documentos-para-el-informe.pdf>

#### 2652 Aforismos, arcaísmos y latinismos

A continuación se analizan:

- aforismos;
- latinismos; y
- arcaísmos.

#### 2654 Aforismos

Un aforismo, según el diccionario de la RAE, es una **sentencia breve y doctrinal** que se propone **como regla** en alguna ciencia o arte. En Derecho son relativamente frecuentes -especialmente en materia procesal-. Muchos de estos aforismos suelen escribirse en latín dentro del discurso, lo que provoca la falta de comprensión del párrafo en el que se insertan. Si escribimos: *audiatur et altera pars*, en lugar de: *oígase a la otra parte*, oscurecemos el mensaje. Las expresiones: *actor sequitur forum rei, in limine litis*, u otras igual de desconocidas que no estén justificadas es mejor usarlas directamente traducidas. No obstante, **aforismos conocidos**, como *habeas corpus* o *in dubio pro reo*, pueden mantenerse, si los traducimos a continuación cuando el escrito vaya destinado al **no jurista**.

Porque si indicamos: «lo que no está en el acta, no está en el mundo», nos entenderán más destinatarios que si escribimos *quod non est in actis non est in mundo*.

## 2656 Latinismos

El latinismo, también según el Diccionario de la RAE, es el giro o **modo de hablar de la lengua latina**, así como el empleo de tales giros o construcciones en otro idioma.

Los términos latinos deberían aparecer seguidos de su **traducción**, si se desea que aparezcan el latín (*cognitio*, conocimiento) y se deberían evitar algunos términos que resultan, además de desconocidos, arcaicos («*causidicus*», abogado).

## 2658 Arcaísmos

Se hallan en múltiples **versiones**. Son muy comunes las formas verbales arcaicas -por ejemplo, las del futuro de subjuntivo terminadas en -ere: *hubiere esperado*, *estimare* (mejor: hubiera esperado, estimara), o expresiones verbales como: «tener por interpuesto (un recurso)».

La conocida **fórmula** al finalizar una demanda: «Suplico al Juzgado» es arcaica. Piense que el derecho a la tutela judicial de la Const art.24 ampara su «solicitud», sin que deba «suplicar» por una solución judicial al conflicto. Un educado: «Solicito al Juzgado», resulta igualmente respetuoso y más acorde con los tiempos.

### 3. La corrección en el lenguaje jurídico

---

#### a. Corrección léxica

2660 En la redacción de textos jurídicos es preciso mantener una **actitud equidistante** entre la oscuridad que producen en el destinatario los **términos desconocidos** y el **lenguaje coloquial**. La precisión terminológica de los escritos jurídicos, siempre recomendable, debe permitir al lector lego en Derecho entender el escrito. Ya hay iniciativas para acercar el lenguaje administrativo al público destinatario (*Lenguaje claro. Comprender y hacernos entender*. Disponible en: <https://www.institutolecturafacil.org/gestión-de-proyectos/lenguaje-claro/>).

En otro sentido, un graduado en Derecho debe **velar** también por el uso correcto de algunos términos cuyo significado real no es el que popularmente se le atribuye. Hay numerosos registros de *impropiedades léxicas* (también disponibles en Internet), que es conveniente repasar para evitarlas al escribir.

Conviene, en cualquier caso, recordar algunas pistas para redactar con **precisión y elegancia**:

1. **No repetir palabras**: *Le aplicó nuevamente una nueva tanda de quimioterapia.*

2. **Evitar** el uso de **términos y expresiones vacíos de contenido** -cosa, cuestión, hacer, tener, haber,...- y buscar otros más precisos: *utensilio, señales, síntomas, problemas, dudas...*, *formular preguntas, desempeñar un papel, incurrir en un error, redactar un escrito, interponer una demanda, detectar indicios, concurrir circunstancias, esgrimir argumentos, conducir a una solución/conclusión*. Buscar sinónimos o términos más precisos. Los diccionarios de antónimos y sinónimos son una herramienta muy útil.

3. Utilizar **preposiciones o conjunciones en construcciones** de este tipo: *Declararon ante el juez, no contando con el abogado* (sin contar con el abogado); *Venían hasta nosotros, cayéndose por el camino* (pero se cayeron); *Los datos coincidían, revelando una gran exactitud* (los datos coincidían con una gran exactitud).

4. **Eludir** la moda de introducir al agente de la acción con «**por parte de**». No es incorrecta, sino demasiado abundante. *Se llevó a los heridos al hospital por parte del personal del SAMUR* (*El personal del SAMUR llevó a los heridos...*); *Se han publicado las cuentas anuales por parte de El Mundo* (*El Mundo ha publicado sus cuentas anuales*).

#### b. Corrección ortográfica

2664 Siempre debemos tener un par de **diccionarios** cerca, en la mesa o a golpe de ratón.

## 2666 Mayúsculas

En cualquier caso, está ampliamente reconocido que el ámbito jurídico es muy proclive a emitir documentos plagados de mayúsculas. Este uso se conoce como **de cortesía** o reverencial, y es innecesario. En general, en español solo se escriben con mayúscula los nombres propios. En la delimitación de esos nombres propios es donde surgen las disensiones, porque el uso ha extendido muchas mayúsculas injustificadas desde un punto de vista lingüístico. En la última edición de la *Ortografía de la Real Academia (2010)*, disponible en línea, se dedica por primera vez un estudio pormenorizado al uso de las mayúsculas. En la versión en línea del *Diccionario panhispánico de dudas* puede consultarse un resumen de los usos (<http://lema.rae.es/dpd/?key=mayúsculas>). Se propone seguir el principio de la costumbre en el ámbito en que se trabaje, corregido por este otro: **ante la duda**, escribamos **con minúscula** (señor juez, señora ministra, ministerio fiscal, la ley, el reglamento).

En cualquier caso, **se escriben con minúscula**:

- los días de la semana, los meses y las estaciones del año. La mayúscula es un uso anglófilo;
- los tratamientos, los títulos honorarios o de dignidad, los cargos y empleos: *doña Beatriz de Guzmán; ilustrísima señora Gabriela de los Monteros; la princesa Leonor; su majestad, el rey don Felipe; el director general, el gobernador, la ministra de Hacienda, la directora de Recursos Humanos;*
- las abreviaturas correspondientes sí se escriben con mayúscula (y con punto abreviativo): *Sr., Sra., Ilmo. Sr. D., S.M. S.S., SS. MM., Dr., Dr.ª, Dª;*
- los sustantivos genéricos de calles, avenidas, barrios, glorietas, plazas: *Vive en la plaza del Comandante Zorita;*
- los gentilicios: toledanos, estadounidenses, congoleños...

#### 2668 Pistas ortográficas

Hay que tratar de recordar la siguiente relación: ahorrará errores muy frecuentes que deslucirán el esfuerzo de emitir el informe, la recomendación, la sentencia...:

- a)** O (conjunción disyuntiva) no lleva tilde nunca. *Eran seis o siete. Eran 6 o 7.*
- b)** *Este, ese aquel, estas, esas, aquellas:* no se acentúan, ni como determinante ni como pronombre. *Esto, eso, aquello* nunca se han acentuado. La posible ambigüedad se puede solucionar con otra redacción o con la puntuación. *Esta es la demanda que buscas: aquella ya la presenté.*
- c)** Ti es un pronombre personal que se escribe sin tilde. *Ha llegado esto para tí.*
- d)** No llevan tilde dos vocales débiles juntas: *excluido, enviudar, jesuita, hinduismo, IVA incluido.*
- e)** Sobre todo (un sobretodo es una prenda de vestir). *Les gustó mucho, sobre todo a los mayores.*
- f)** Cuidado con las haches en: *exhaustivo, exhorto, pero exorbitante o desorbitado.*
- g)** Prever (se conjuga como «ver»): *previsto, preveré, previó.* Se puede consultar la conjugación de un verbo pinchando en el botón azul al lado del infinitivo en [www.dle.rae.es](http://www.dle.rae.es).
- h)** Solo (adverbio y adjetivo). La ortografía académica de 2010 solo admite esta palabra sin tilde. Para los casos de posible ambigüedad, propone el uso de *solamente* o *únicamente*.

#### c. Nociones de estilo

#### 2670 Vicios de estilo

Conviene **evitar**:

- a)** Las **rimas internas de la prosa**, que se producen cuando se acumulan términos con los mismos sonidos: La redacción de la introducción les producía mucha preocupación. Resulta evidente lo prudente de su gente.
  - b)** Los **términos comodín**, vacíos de contenido. Hay que buscar siempre la precisión terminológica sin caer en la pedantería. Huir de *cosa, realizar, iniciar, hacer, haber, tener, concluir...*
  - c)** Usar **términos latinos** que tengan traducción exacta al español. Si se utilizan, asegurarse primero de que se escriben correctamente. En términos generales (*grosso modo*), en sentido amplio (*lato sensu*), por propia iniciativa (*motu proprio*). Cuando se usen es fundamental confirmar que se escriben sin fallos.
  - d)** Utilizar el mismo, la misma y sus plurales como anafóricos, pues en realidad es un **comparativo de igualdad**. Suele bastar sustituirlo por un pronombre posesivo o eliminarlo sin más. **Correcto:** *Se justifica por las mismas razones.* **Incorrecto:** *Se informará de la técnica del proceso y se cumplimentarán los documentos del mismo (Se informará de la técnica del proceso y se cumplimentarán sus documentos).*
- 2674 **e)** Olvidarse del **signo de apertura** o añadir un punto después del de cierre. En español, los signos de exclamación e interrogación son dobles: de apertura y de cierre. Los de apertura llevan el punto arriba (¡, ¿), y los de cierre lo llevan abajo (!, ?), porque ese punto sirve para marcar el final de la frase. Siempre se escriben pegados a las palabras: el de apertura, pegado a la palabra inicial; el de cierre, pegado a la última palabra. *¿No te acuerdas?: ¡no hay espacio entre los signos y las palabras!* Eso significa que, después de los **signos de interrogación y exclamación**:
- se debe empezar con mayúscula: *¿Vienes? ¿No? Pues te lo vas a perder;*
  - no se debe añadir otro punto detrás. Es incorrecto escribir *\*¿Vienes? \*¡Me gustó mucho!* ;
  - pueden ir seguidos de coma, punto y coma, dos puntos y puntos suspensivos, en cuyo caso, se escribirá con minúscula la siguiente palabra: *Llamaron a declarar al vigilante, al presidente, al financiero, ¡al portero!..., a casi toda la plantilla.*

## 2676 Recursos tipográficos en los escritos

a) Las **citas textuales** deben marcarse bien con «comillas», bien con *cursiva* o reduciendo el tamaño de la letra (si son citas largas). No se deben usar comillas y cursiva a la vez en una cita, porque es una redundancia tipográfica. Les dijo: «Arriba las manos». *Cantó: Yo para ser feliz quiero un camión...*

b) Para resaltar los títulos, contamos con recursos como la negrita, el cambio de cuerpo de la letra, la *cursiva* o la **negrita y la cursiva** a la vez. Conviene recordar que los títulos no terminan con punto. Los puntos separan oraciones dentro de un párrafo, no sirven para cerrar un título.

c) El **subrayado** debe usarse con medida. Es preferible utilizar la *cursiva* o la **negrita** para resaltar un término.

d) Uso de **siglas**. Las siglas y las abreviaturas salpican cualquier texto jurídico. Para garantizar su correcta interpretación, debe ofrecerse el texto desarrollado la primera vez que aparece, en el caso de textos que se van a leer seguidos. Si la obra es muy extensa y se repiten con frecuencia, una tabla de equivalencias será muy bienvenida por el lector desmemoriado. Ejemplo: *Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), la ley orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) considera que...*

e) El **procesador de textos** ha facilitado enormemente tareas tan tediosas y a la vez tan prácticas como la **numeración** de las páginas o la creación de índices. Cualquier documento de cierta extensión (más de 6-8 páginas) debería ir paginado. Si la complejidad del documento lo recomienda, la inserción de un índice al principio permitirá la comprensión de su estructura. Con Word es muy fácil cumplir ambos requisitos (ver tutoriales en Youtube).

### d. Otras recomendaciones

2678 Antes de empezar a escribir, es muy útil consultar las recomendaciones de la **Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico** y sus estudios. También existen algunos **manuales de estilo** confeccionados por ciertos bufetes y menudean los cursos de redacción jurídica. La web de la Real Academia ofrece distintos **diccionarios** y la de la Fundación del Español Urgente tiene un servicio de **consulta de dudas** que es rápido y fácilmente accesible.

La última versión del diccionario en línea de la RAE permite hacer búsquedas amplias: ¿cuántas palabras empiezan por *ex*?, ¿qué rima con *tridente*...?

Cuando la trascendencia del escrito lo justifica, conviene controlar de manera profesional la calidad del escrito. La **asesoría lingüística** es un servicio ofrecido por un profesional que vela por la claridad del mensaje y la adecuación del tono del escrito al contexto y al medio, además de asegurar la precisión ortográfica. En cualquier caso, siempre es conveniente pedir a una persona **ajena a la profesión** que lea nuestro escrito. Su opinión o sus preguntas nos orientarán sobre qué aspectos se deben retocar.

### Precisiones

Conviene revisar este enlace de Wikipedia sobre el **interés por modernizar el lenguaje jurídico**: [https://es.wikipedia.org/wiki/Comisi3n\\_de\\_Modernizaci3n\\_del\\_Lenguaje\\_Jur%ADdico](https://es.wikipedia.org/wiki/Comisi3n_de_Modernizaci3n_del_Lenguaje_Jur%ADdico).

**Diccionarios en línea y otros recursos sobre dudas del lenguaje**: Real Academia de la Lengua: [www.dle.rae.es](http://www.dle.rae.es)  
Fundación del Español Urgente: [www.fundeu.es](http://www.fundeu.es)

## D. Técnicas de negociación

2700	1. Concepto de negociación y elementos básicos que caracterizan todo proceso de negociación	2702
	2. Tipos de negociación	2710
	3. Los siete elementos del proceso de negociación	2716
	4. Dilemas del negociador	2732
	5. Decálogo de la negociación metódica y persuasiva. Errores frecuentes	2742
	6. Metodología de la negociación: preparación y habilidades del sujeto eficaz	2746

### 1. Concepto de negociación y elementos básicos que caracterizan todo proceso de negociación

2702 La resolución negociada de todo tipo de conflictos forma parte de nuestra actividad cotidiana. Por ello, a menudo, entendemos que todos tenemos una habilidad innata para negociar. No cabe duda de que ciertas habilidades negociadoras forman parte del comportamiento de cualquier persona. Ahora bien, para negociar con competencia se precisa una formación específica y un sólido entrenamiento. **Negociar** es una técnica.

En el ejercicio diario de nuestra profesión como abogados, la profesionalidad, el método y el rigor han de ser cualidades que deben ser reconocibles en la práctica de todo negociador. La mayor parte de la **actividad actual del abogado** consiste en negociar (o ayudar a negociar) los desacuerdos e intereses enfrentados. Esta actividad de negociación -que se convertirá por sí misma en una forma de desarrollo profesional- se incrementará progresivamente para satisfacer las necesidades expresadas de nuestros clientes de alcanzar soluciones negociadas fuera de los tradicionales métodos de resolución de conflictos.

La labor de negociación habrá de ser llevada a cabo asistido siempre por las herramientas del Derecho, y orientada a obtener los mayores niveles de acuerdo, cooperación y confluencia que, en cada caso, sean posibles.

El concepto de negociación ha sido definido por numerosos **expertos**. Unos lo han definido como un sinónimo de ganar, otros de acercar posiciones, hay quienes han señalado que es un mecanismo para la resolución de conflictos, o que lo han definido como un proceso de comunicación orientado a la **persuasión** y dirigido a conseguir un resultado. Asistidos por ellos, señalamos los siguientes **elementos básicos** que definen todo proceso de negociación:

- 2704 a) Es un **proceso de comunicación**. Para negociar se precisa interacción entre personas, un proceso de comunicación en el que los interlocutores desplegarán sus movimientos tácticos y estratégicos. Administrar adecuadamente la comunicación durante el proceso de negociación nos permitirá conocer a nuestros interlocutores; fijar y mantener los roles o identidades mutuas, hacer un discurso a medida de nuestros intereses, mantener el control emocional sobre nosotros mismos y sobre nuestros interlocutores y, entre otros, elegir los recursos persuasivos más adecuados. Como proceso de comunicación, deberemos estar atentos a la comunicación verbal y no verbal.
- b) Implica la **persuasión de otros**. El resultado de la negociación dependerá de la influencia que, mutuamente, ejerzan los negociadores una vez iniciado el diálogo entre las partes.
- c) Atiende a **resolver diferencias**. Es un grave error entender la negociación como la búsqueda tozuda de un terreno común, obviando que es un elemento básico de cualquier proceso negociador la existencia de distintas necesidades por satisfacer. En efecto, la negociación surge por las diferencias existentes entre las partes. Hallar las diferencias y, sobre todo, identificar los intereses, impulsará los acuerdos siempre que las mismas se sepan plantear de forma integradora y persuasiva y siempre que sean escuchadas y percibidas por el otro como algo positivo y no como una amenaza.
- 2706 d) Ha de estar orientada a la **consecución de un resultado**. El sentido de la negociación es satisfacer los intereses de los sujetos negociadores.
- e) Es un **proceso formal y flexible**. El proceso de negociación tiene sus fases y se ha de ajustar a unas reglas y normas para que sea eficaz. Ahora bien, ello no significa que el proceso de negociación sea rígido o inflexible. Al contrario, el buen negociador será ágil y flexible, será capaz de ampliar sus iniciales perspectivas y generar nuevas ideas.
- f) Incide en las **relaciones personales**. Este es un elemento esencial de la negociación, pues se trata de un proceso que tiene lugar entre seres humanos, cuyo resultado afecta a las personas implicadas, de ahí que un negociador experimentado sea capaz de mantener una relación de colaboración entre las partes.
- g) Implica una **actividad de cooperación**. El objetivo de un negociador estratégico es la búsqueda de soluciones que impliquen ganancias mutuas.

2708 **Otros rasgos** de todo proceso negociador son:

- la negociación **es posible** a pesar de que pueda existir un desequilibrio de poder entre los sujetos intervinientes;
- la negociación siempre implicará un **intercambio de concesiones** y movimientos; y
- la negociación estratégica debe ir **más allá del mero regateo**.

Entre las distintas nociones de negociación formuladas por los expertos, la definición de negociación formulada por Jim Sebenius y David Lax, profesores de la Harvard Business School, en su libro *The manager, a negotiator* resulta bastante adecuada: «Negociar es un proceso de interacción potencialmente beneficioso, por el que dos o más partes con algún conflicto potencial o no, buscan mejorar sus opciones de negociación a través de acciones decididas conjuntamente».

## 2. Tipos de negociación

---

### 2710 Negociación distributiva

La negociación distributiva o negociación de **reclamar valor**: constituye el estilo tradicional de negociación en el que cada parte adopta una determinada posición negociadora. Cada interviniente argumenta a su favor y se encierra en su posición. Se caracteriza porque las partes **defienden sus posiciones**, aquello que piden, sin entrar a estudiar o a

valorar otros elementos de la negociación. Es una negociación basada en el poder negociador. Las partes suelen fijar un máximo y un mínimo y se van haciendo pequeñas concesiones hasta llegar al objetivo. Es una negociación que pone énfasis en la **ganancia inmediata** y desprecia las relaciones futuras. Comúnmente, este tipo de negociación no mejora la relación entre las partes. Tampoco ofrece a los sujetos intervinientes una solución óptima.

#### 2714 Negociación integradora

La negociación integradora o de **crear valor se basa** en la idea de la cooperación y de la satisfacción de los intereses de las partes. Este tipo de negociación intenta producir soluciones creativas que crean valor para ambas partes. La negociación integradora se basa en cinco **principios**:

- separa las personas de la controversia;
- se centra en los intereses, no en las posiciones;
- el resultado se basa en un criterio objetivo;
- propone la cooperación antes que el enfrentamiento; y
- fomenta la creatividad de opciones para el beneficio mutuo.

### 3. Los siete elementos del proceso de negociación

---

2716 Perfeccionar el arte de negociar requiere de **guías y de prácticas** de formación. Un modelo general de negociación proporciona técnicas para preparar la negociación; amplía el repertorio de herramientas y permite analizar qué hacer cuando la negociación se entrapa. Los buenos negociadores aplican con éxito las técnicas y destrezas adquiridas apoyándose en un **modelo organizado** para preparar, conducir y revisar las negociaciones. En suma, es posible incrementar las habilidades del negociador y optimizar sus resultados.

Grandes profesores de negociación, como Roger Fisher, Bill Ury, Bruce Patton, Jim Sebenius, Howard Raiffa o David Lax han sido los creadores de la metodología más avanzada para la preparación de la negociación. Ellos han definido los denominados «**Siete Elementos del Proceso de Negociación en Harvard**», que constituyen el marco de trabajo para la preparación de cualquier proceso negociador, aunque lógicamente han de ser adaptados para cada proceso:

#### 2718 Intereses

Los intereses son lo que realmente desean las partes, lo que está detrás de sus posiciones, de aquello que manifiestan o verbalizan querer. La distinción esencial de la metodología de negociación propuesta por Harvard reside en diferenciar intereses y posiciones. Los intereses de las partes son sus **motivaciones, aspiraciones, preocupaciones**. Como ha señalado Maslow, los intereses pueden ser económicos, ético-morales (tolerancia, justicia, reciprocidad), interpersonales (respeto, reconocimiento, admiración), de poder (autoridad, poder de decisión), emocionales (seguridad, tranquilidad) o materiales (sueldo, vivienda). La pirámide de intereses será distinta para cada una de las partes y diferente en cada negociación individualizada.

Enfocar la negociación hacia los intereses permite aplicar **creatividad** para la solución de los conflictos. Analizar el porqué y para qué de las posiciones permite buscar maneras más efectivas de satisfacer las necesidades de las partes involucradas en la negociación. Hay que tener en cuenta que aunque las posiciones pueden estar enfrentadas, no necesariamente lo estarán los intereses subyacentes. Todo conflicto tiene dentro de sí su propia solución. Los intereses son la **esencia de la negociación**. El buen abogado negociador trabajará con su cliente la identificación de los intereses antes de acudir a la negociación y los reexaminará conforme vaya avanzando el proceso.

#### 2720 Opciones

Este término identifica toda la gama de **posibilidades** que tienen las partes para llegar a un acuerdo y satisfacer sus intereses. En la medida en que las partes incorporen su creatividad al diseño de opciones para la solución de la disputa, mejores resultados podrán obtener.

#### 2722 Alternativas

Son los **recursos**, fuera de la negociación, de que dispone cada parte si no se llega a un acuerdo en el seno de esa concreta negociación. Determinar y desarrollar las mejores alternativas que cada una de las partes tiene en caso de no llegar a un acuerdo protege de **malos resultados** y ayuda a conseguir **mejores acuerdos**. Las alternativas ayudan a fijar el punto de ruptura de nuestra banda de negociación. El buen abogado negociador examinará con su cliente las alternativas fuera de la negociación.

#### 2724 Legitimidad

Son los **criterios** que se utilizan para establecer que el **acuerdo** sea **justo, sabio o prudente**. Se trata de factores objetivos e independientes de la voluntad de las partes. Presentar referentes independientes ayuda a la definición de cifras u otros factores en que las partes tienen intereses opuestos. Un criterio externo evita el desgaste y protege contra



la coerción. Evaluar los argumentos en función de su mérito ayuda a que las partes lleguen a acuerdos prudentes y duraderos, al tiempo que ayudan a **fortalecer la relación**. Entre los criterios objetivos cabe destacar: los precedentes, los juicios científicos, el valor de mercado, la opinión de profesionales, criterios morales, etc. Tener normas justas e independientes ayudará a las partes a ceder ante lo que parece justo. Son además una eficaz **herramienta de persuasión** frente a nuestros interlocutores.

#### 2726 Relación

Una negociación habrá producido un mejor resultado en la medida en que las partes hayan mejorado su capacidad para **trabajar conjuntamente**. Las premisas para una buena relación en la negociación pasan por no mezclar problemas de relación personal con problemas esenciales de la negociación. Las **buenas relaciones** durante la negociación no surgen solas; es preciso adoptar una **estrategia** basada en los siguientes elementos:

- **racionalidad**: aunque la parte contraria actúe emocionalmente hemos de equilibrar las emociones con la razón;
- **comprensión**: aunque nos malinterpreten, tratar de entenderlos;
- **comunicación**: si no escuchan, consultarles antes de hablar sobre temas que les afecten;
- **influir sin condicionar**: no ceder a la coacción, ni amenazar;
- simplemente estar abiertos solo a la **persuasión**;
- **aceptación**: admitir a la parte contraria como digna de nuestra consideración y estar abiertos a los que nos pueda enseñar.

#### 2728 Comunicación

Cuando los demás factores son iguales, un resultado será mejor si se logra con eficiencia, sin perder tiempo y esfuerzo. La negociación eficiente requiere de una adecuada **comunicación bilateral**. Definir la forma de comunicarnos claramente y escuchar y hablar de forma eficaz son premisas básicas en todo proceso de comunicación. El **silencio** bien empleado es un arma letal en cualquier negociación.

#### 2730 Acuerdo

Los acuerdos o pactos concretos dentro del acuerdo son **planteamientos verbales o escritos** que especifican lo que una parte hará o no hará. Antes de comprometerse hay que contestarse con claridad a una serie de preguntas: ¿tenemos autoridad para comprometernos?, ¿deseamos tenerla?, si conseguimos el acuerdo, ¿qué parte hará cada cosa?, ¿tienen las partes incentivos para cumplir el acuerdo?, etc.

La decisión de comprometerse debe llevarse a cabo solo después de haber evaluado cuidadosamente las ventajas del acuerdo. Los compromisos serán convenientes en la medida que sean claros, operacionales, realistas y suficientes. O lo que es igual, cada parte debe saber **qué tiene que hacer**, ambas partes realmente habrán de poder hacer aquello a lo que se han comprometido y los concretos pactos habrán de cubrir todos los aspectos necesarios para alcanzar el resultado previsto, sin requerir negociaciones adicionales.

### 4. Dilemas del negociador

---

#### 2732 Teoría del «Dilema del Prisionero»

La importancia de diseñar un plan global comprensivo de los diversos factores y momentos, incluyendo el efecto sorpresa, son comunes al arte de la guerra y a participar en un juego. El denominado «Dilema del Prisionero» es un **modelo teórico** desarrollado en los **años 50** por Merry Flood y Melvin Dresher que debe su nombre y su contenido narrativo a Albert W. Tucker. Este modelo de juego construido en torno a las **habilidades rutinarias** para hacer confesar a los detenidos ayuda a entender el modelo de cooperación y conflicto. Es un juego donde las partes pueden cooperar o traicionar y los jugadores solo intentan maximizar sus propias ganancias sin atención al bienestar de la otra parte. El juego solo tiene un turno y **no permite comunicación** entre las partes ni acuerdos previos. **Traicionar** gana sobre colaborar, lo que causa que el único posible equilibrio para el juego se dé cuando ambas partes traicionan. La única forma de asegurar no perder totalmente es traicionar al otro. Pero el equilibrio de traicionar-traicionar no es óptimo porque ambas partes podrían mejorar su posición. El resultado es que aunque ambas partes ganarían más colaborando, ambas traicionan. Así evitan la posibilidad de perder totalmente, cosa que ocurriría si una colabora y la respuesta de la otra parte es traicionar.

El trabajo del profesor en ciencia política matemático Axelrod consistió en extender el juego del dilema del prisionero a incorporar más de un turno y concluyó que las estrategias de colaboración tienen más **éxito a largo plazo** que las estrategias que traicionan. Así, con la ayuda del matemático y biólogo Rapoport, definieron que la mejor estrategia para jugar al dilema del prisionero era la denominada «**Tit for Tat**» (golpe por golpe) porque era la que proporciona mayor éxito a las partes cuando el juego tiene varios turnos y el número de turnos es desconocido. Conocida como la «estrategia correcta» en la teoría de los juegos, su formulación es muy simple: «*coopera en el primer envite y replica en el envite siguiente lo que haga el otro jugador en el envite anterior*». La estrategia tiene una serie de **ventajas**:

- 2736 1. Es fácilmente interpretable por el contrario por su **sencillez**;
2. **No genera riesgos futuros** si ambos jugadores la aplican;
3. Si uno de los jugadores traiciona, el contrario tiene **capacidad de reacción**;
4. Al reaccionar se permite al jugador que ha traicionado **corregir** su traición en la siguiente jugada;
5. Otorga al traicionado la **capacidad de perdonar**, volviendo a cooperar tras la amenaza; y
6. Es una **estrategia abierta**, que no precisa de trucos para enviar mensajes o evitar ser descubierto. Además, no es una estrategia competitiva.

Gana en el juego del dilema del prisionero quien consigue mayor puntuación. Axerold y Rapaport advirtieron que la puntuación es más alta cuando ambas partes colaboran.

#### 2738 ¿Revelación de intereses?

Trasladado el dilema del prisionero al ámbito de la negociación comercial en el que las partes sí tienen la posibilidad de comunicar entre ellas y de pactar acuerdos sobre cómo actuar, puede surgir un problema potencial. La **comunicación** entre las partes puede hacer **vulnerable** a la parte que **revela información**. Sin duda, la comunicación entre las partes ha de ser honesta y franca. Las partes deben identificar los intereses de la otra para poder satisfacerlos. Ahora bien, está claro que ninguna de las partes puede desprotegerse. Hay información que un negociador ha de mantener en secreto. Aun cuando las partes estén dispuestas a negociar de manera colaborativa, no es necesario compartir toda la información. Un claro ejemplo es resguardar el límite que uno está dispuesto a ofrecer o aceptar, lo que también se denomina «**Zona de Posible Acuerdo**». Por tanto, la información se ha de compartir poco a poco y solo si hay reciprocidad por la otra parte.

Cuando una de las partes no está negociando de manera colaborativa, es aún más urgente cuidar la **franqueza en el diálogo**. Algunos negociadores fingen colaborar para manipular a la otra parte para su propio fin. Una táctica que evidencia que una de las partes no está siendo colaborativa es la de fingir falta de autoridad. El negociador que usa esa táctica exprime toda la información y las concesiones que puede de la otra parte y cuando ve que la otra parte ya no cede más, le agradece su colaboración y le dice que tiene que confirmarlo con otra persona. Es una variedad de la **táctica del poli bueno/poli malo**. Es posible que esa parte ajena no exista o que la llamada sea fingida.

- 2740 De la teoría de juegos de Axerold, Peter Singer extrae y sintetiza algunas **pautas** de aplicación cotidiana que se pueden adaptar a las relaciones empresariales:

- Es adecuado comenzar por **estar dispuesto a cooperar** y solo reaccionar cuando estemos seguros de que la parte contraria no está dispuesta a cooperar. De esta forma evitaremos una espiral de no cooperación que generaría desconfianza y bloquearía la negociación.
- Se ha de mantener una **conducta** que sea **fácilmente interpretable** por la otra parte.
- No dejar de reaccionar** cuando alguien no coopera contrastadamente. En ese caso, hay que enviar un claro mensaje de que no se acepta ese acto de no cooperación.

#### 5. Decálogo de la negociación metódica y persuasiva. Errores frecuentes

---

- 2742 La negociación es un proceso complejo con resultado incierto en el que todo no puede ser previsto. Ahora bien, la incertidumbre se reduce si aplicamos un método que proporcione recursos eficaces para afrontar lo imprevisto.

En la práctica pueden identificarse una serie de prejuicios y defectos que, en referencia al método, lastran el comportamiento de la mayoría de los negociadores. Los **errores más frecuentes** son los siguientes:

- No preparar la negociación en la **confianza** de nuestra propia capacidad de improvisación y persuasión.
- Entender la negociación como un **enfrentamiento**.
- Crear que las formas duras y violentas son **señal de firmeza**.
- Pensar que se vencerá al otro sujeto jugando a **su propio juego** y con sus mismas armas.
- Evaluar los resultados solo en **términos materiales** y cuantificables.
- Considerar que siempre se podría haber logrado un **resultado mejor**, a pesar de que el acuerdo haya satisfecho los objetivos inicialmente previstos.
- Dejarse atrapar por **trampas emocionales** del proceso.
- Ser **esclavo** de la racionalidad.

i) Creer que la **ganancia potencial** de una negociación es algo prefijado, y no algo por construir entre los negociadores.

j) Considerarse **traicionado** de antemano por el poder del otro.

2744 A continuación, se señalan 10 **reglas** para una negociación metódica y persuasiva:

1. **Concernos bien** para poder anticipar los propios errores, tendencias y debilidades.
2. **Conocer a nuestro interlocutor** lo mejor posible antes y durante la negociación.
3. **Preparar la negociación** con arreglo a un método que sea capaz de optimizar la consecución de nuestros objetivos.
4. **Sentar las bases** de la **negociación** por medio de un encuentro sereno, efectivo y de respeto mutuo.
5. **Prestar atención** al proceso, ya que implica una ganancia en sí mismo.
6. **Afirmarnos** adecuadamente **ante el otro**, como condición previa para persuadirle o lograr efectos en él.
7. **Controlar** nuestras **emociones** y reacciones para actuar de forma deliberada y proactiva.
8. **Plantearnos** cualquier **negociación** desde la perspectiva de la **creatividad**, el pensamiento divergente y la creación de valor.
9. **Abordar** la negociación con una **actitud rigurosa**, que opte por la racionalidad y el pragmatismo, apartando así los juegos de subjetividad y el enfrentamiento.
10. **Iniciar** cada negociación como un **proceso abierto**, respecto a: nuestra propia conducta, los efectos en el otro, los resultados a conseguir.

## 6. Metodología de la negociación: preparación y habilidades del sujeto eficaz

---

2746 La preparación de la negociación puede estructurarse con métodos como el de los siete elementos de la escuela de Harvard. La parte que se acerque a un proceso negociador estará mejor preparada y obtendrá **mejor resultado** si:

- ha **identificado y priorizado sus intereses** y los del contrario, en la medida de lo posible;
- ha **generado criterios objetivos** que puedan ayudar a encontrar ciertos criterios comunes;
- ha **ideado** las **posibles soluciones** a las distintas cuestiones que se abordarán durante la negociación;
- ha **evaluado** su **relación actual** con la otra parte y la conveniencia de mejorarla y/o conservarla;
- ha **identificado** posibles **problemas de comunicación**;
- ha **reflexionado** sobre la forma y alcance de los **posibles acuerdos**; y
- finalmente, ha **pensado y contrastado las alternativas** existentes fuera del proceso de negociación.

### 2748 Interdependencia

Una estrategia negocial es un plan de acción que se adopta para obtener lo que se desea cuando lo que se quiere no depende únicamente de nosotros sino de las decisiones que adopte otra persona, quien a su vez también depende de nosotros para obtener lo que ella quiere.

Las situaciones de negociación son escenarios de interdependencia, procesos de interacción mutuamente condicionantes, ya que **todo** lo que se dice o se hace **influye en el otro**, o dicho de otro modo, lo que haga uno depende de lo que haga el otro, por lo cual se potencian comportamientos, actitudes, puntos de vista, etc.

Las situaciones de negociación son escenarios de interdependencia en los que planificar una estrategia no resulta contrario a desplegar una **relación sincera o decente**, sino que evita la peligrosa ingenuidad. Por ello, la interdependencia y la satisfacción mutua es muy importante en todo proceso negociador, ya que difícilmente se podrán alcanzar acuerdos si no tomamos en cuenta que los actos del otro son potenciadores de nuestros actos y nuestras posibilidades, por lo que hemos de acercarnos al otro. Solo haciendo preguntas, no retomando acusaciones, cambiando el tono y dando oportunidades al otro para que explique sus **necesidades y limitaciones** se podrá modificar una dinámica de enfrentamiento, descalificación y desconfianza.

### 2750 Toma de decisiones estratégicas. La astucia en las tácticas

La **negociación** puede ser **expresa** -tal y como estamos habituados a reconocerla- pero también puede ser **tácita**. Esto es, la negociación puede no desplegarse mediante palabras sino mediante lo que se denominan movimientos estratégicos, es decir: acciones que tienen un impacto en nuestras expectativas y que la otra parte utiliza para inducirnos a adoptar aquellas decisiones que le convienen. La fase de negociación tácita puede ser tanto o más

importante que la fase de negociación expresa y puede en gran medida **predeterminar** el **resultado final** de la negociación.

Fisher y Uri asocian la noción de «**truco sucio**» a la idea de **argucia táctica** concebida para ser utilizada por una sola de las partes en perjuicio de la otra. Son tácticas que no funcionan contra sí mismas, toda vez que si ambas partes las utilizan se acaba en el bloqueo y el desacuerdo.

En la lista de tales prácticas están el engaño deliberado, el abuso psicológico y las técnicas exageradas de presión posicional. Todas estas prácticas constituyen **imposiciones unilaterales** sobre el proceso negocial tendentes a devaluar la confianza y las expectativas de la parte que las sufre. Entre tales tácticas podríamos señalar, sin ánimo exhaustivo, esperas innecesarias, interrupciones constantes, desatención, ambiente ruidoso, frío o calor excesivo, incomodidad del lugar, negativa a negociar, comentarios desagradables, tono amenazante, escalada de exigencias, etc.

**2752** Un bloqueo en la negociación se produce cuando el proceso se ralentiza o se paraliza. Un **bloqueo** puede detectarse por el grado de novedad de los argumentos y la actitud de los negociadores. Existen técnicas para superar el bloqueo. La mejor defensa ante las argucias que generan un bloqueo en la negociación es identificarlas. Las tácticas agresivas suelen quedar desactivadas cuando las reconocemos ya que el adversario habitualmente abandona su actitud. Si el reconocimiento no es suficiente, el siguiente paso es explicitar abiertamente la cuestión. El buen abogado negociador identificará y denunciará las argucias tácticas como forma óptima de anular su impacto.

Entre las **técnicas** para superar un bloqueo en la negociación podemos citar las siguientes:

a) Si es sobre una **cuestión específica**, hemos de seguir adelante y volver sobre esa cuestión más tarde. No debemos olvidar que es conveniente suspender la negociación antes que deteriorarla.

b) Si la **causa del bloqueo es emocional** se puede hacer un receso e, incluso, cambiar a los negociadores. No hay ningún problema tampoco en manifestar abiertamente la necesidad objetiva de modificar las condiciones materiales de la reunión o de nuestra situación en ella (cambio de lugar, de silla, orientación respecto a la luz o las puertas, etc.). Resulta también útil elevar la discusión a principios común o fácilmente aceptables cuando nos encontramos con negativas constantes e injustificadas de la otra parte.

c) Si prevemos que negociar directamente el objeto de disputa no va a ser posible, una opción es **comenzar** la negociación **por los criterios**. Y desde luego, si nos encontramos frente a un negociador poco colaborador, será conveniente negociar los acuerdos en su integridad y no punto por punto.

**2754** **Asertividad: importancia del control de la comunicación. El silencio**

La negociación implica comunicación. Sin comunicación, del tipo que sea, no habrá negociación. De ahí, la importancia de controlar la comunicación. La comunicación verbal está hecha de palabras, pero también de **silencios**. Muchos negociadores tienen problemas con los silencios, los soportan mal y tienden a llenarlos de palabras inútiles que acaban volviéndose contra ellos. Un buen negociador se entrenará para convivir tranquilamente con el silencio. Ante el miedo al silencio, una regla básica: si se ha hecho una **afirmación significativa**, hemos de esperar a que la otra parte hable o aguardar hasta que se cambie de tema.

El control de las palabras y los silencios, hablar con un propósito, transmitir lo que uno quiere decir sin agresividad pero también sin inhibición ni sumisión, es una **habilidad comunicativa** llamada **asertividad**.

Ahora bien, la comunicación no es solo verbal. Tanto o más importante es lo que se transmite con el **lenguaje corporal** como lo que se dice con palabras. Si lo que estamos afirmando se ve contradicho por lo que estamos transmitiendo con el lenguaje no verbal quedará al descubierto una debilidad que la otra parte utilizará contra nosotros.

El lenguaje controlado no es lo espontáneo ni lo natural. Lo que nos sale instintivamente es comunicar desde la emoción, lo que puede arruinar un proceso negociador. Las **emociones**, si se expresan intensamente o pueden ser malinterpretadas, acarrearán **consecuencias dañinas** para el proceso. Primeramente, porque nos hacen actuar de una forma impulsiva, no deliberada. En segundo lugar, nos alejarán de nuestro interlocutor y nos confrontarán con él. En definitiva, comunicar desde la emoción incontrolada nos desvía de nuestro objetivo y nos impide ejercer influencia alguna sobre nuestro interlocutor.

**2756** La **serenidad y el control** de nuestro comportamiento son cualidades básicas del **buen negociador**. Escuchar activamente, pensar creativa y lúcidamente, hablar con convicción y resultar creativo y persuasivo resultan imposibles si nuestro discurso se arroja en manos de la impulsividad, la rabia, la frustración o el miedo.

Una comunicación eficaz requiere de una **planificación**. Improvisar nuestra forma de hablar, de mostrar emociones o de responder a las propuestas ajenas constituye un acto negligente para un negociador inteligente.

Para construir una comunicación deliberada y previsora es necesario tener un alto nivel de autoconocimiento y el máximo grado de conocimiento del otro. La indagación, la escucha, la observación y la reflexión son cualidades analíticas de primer orden que constituirán nuestra mejor fuente de **información fiable y detallada**. Saber buscar

los datos de interés acerca del otro, saber preguntar discretamente, escuchar y posibilitar silencios que nos ofrezcan información son habilidades comunicativas que nos brindarán grandes ventajas. Observar las reacciones, los gestos y las conductas de nuestro interlocutor optimizará también nuestras posibilidades. Existen, al menos, tres **recursos** básicos de un **buen negociador**:

- preguntar y escuchar atentamente la respuesta de nuestro interlocutor;
- ponerse en el lugar del otro y mostrar empatía; y
- responder con una u otra forma de lenguaje: el buen negociador respeta y hace respetar los límites y elige el grado de concreción de sus palabras, así como si habla de forma descriptiva o valorativa y cuida y controla su voz, su mirada, sus movimientos, etc.

El perfil de **sujeto eficaz de negociador** desde el punto de vista de su identidad y de la comunicación interpersonal estará representado por aquel que se muestre: sereno, informado, seguro, empático, versátil en el uso del lenguaje y creativo.

#### 2758 Auto-restricciones: establecer las prioridades y concesiones

Un regateo se termina cuando una de las partes acepta la **última oferta del adversario**. Normalmente, se cede porque se piensa que el otro no va a ceder más. Y se piensa que el otro no cederá más porque el otro ha sido capaz de transmitir esa certeza. ¿Y cómo la ha transmitido? Habitualmente, una de las formas más eficaces de transmitir que uno no va a ceder es la **auto-restricción**; o lo que es igual, el ser capaz de impedirse irreversiblemente a uno mismo hacer aquello que el otro querría que hiciéramos.

La auto-restricción bien ejecutada es un recurso temible por lo que tiene de irreversible. La mayoría de los llamados **compromisos negociales** tienen esa estructura, que solo se puede combatir si uno lo ha previsto con antelación y ha fijado reglas de respuesta disuasorias.

Una correcta planificación estratégica de la negociación evitará el recurso de la otra parte a la auto-restricción. La misión de cualquier negociador es determinar las dimensiones básicas sobre las que se dibujará el perfil de la negociación. El negociador debe establecer cuáles son los **intereses de las partes**, sus **objetivos**, con qué **medios** cuenta para alcanzarlos, qué caminos resultarán más efectivos, que opciones existen y cómo se pueden generar.

Los intereses de las partes son las motivaciones últimas que llevan a cada una de las partes a negociar. Esos intereses han de ser concretados en objetivos específicos que reflejen los **resultados** que se pretenden alcanzar a través de la negociación. Los objetivos no pueden ser vagos, ni ambiguos. Han de ser específicos, concretos, pues nos servirán para establecer nuestras prioridades. El establecimiento de las prioridades debe hacerse en la fase preparatoria, no durante la negociación, si bien es cierto que a veces la **evolución del debate** puede alterar el orden o jerarquía de las prioridades.

En una fase preparatoria de la negociación el sujeto eficaz establecerá igualmente las concesiones que estará dispuesto a realizar para facilitar el acuerdo. Es importante clasificar las **concesiones** por orden de importancia, para graduar su magnitud. Y sobre todo, en el curso de la negociación si no se quiere debilitar la posición, la parte cedente debe tener una explicación para ceder. Ceder en el vacío es un síntoma de grave fragilidad.

#### 2760 Efecto del anclaje

Durante la negociación ambas partes intentarán conocer el denominado «**precio de abandono**» de la otra parte, estableciéndose así la denominada «**ZOPA**» (zona de posible acuerdo). En la intersección de los objetivos de una y otra parte se encuentra la «**ZOPA**». Si alguna de las partes conoce el precio de abandono de la otra parte, es decir, el máximo por el que un comprador compraría, o el mínimo por el que un vendedor vendería, la negociación es sencilla. Habitualmente, las partes tienden a esconder su precio de abandono, situándolo más lejos de donde realmente se sitúa, esperando que la otra parte realice la primera aproximación.

En estas situaciones de **deficiencia informativa** el negociador suele sufrir el llamado **efecto anclaje**. Cuando una de las partes se acerca al procedimiento negociador sin conocer los datos clave suele hacer estimaciones y cálculos a partir de datos incorrectos. Si esa información ha sido estratégicamente introducida por la parte contraria estaremos además negociando a partir de un punto que el otro ha fijado en su propio interés.

Se trata de una trampa decisional. Si no se descubre a tiempo el resultado de la negociación estará irremisiblemente escorado a favor del adversario.

2762 Es en este ámbito en el que la doctrina reflexiona sobre la conveniencia para las partes de ofrecer una primera cantidad. La doctrina señala que la primera oferta supone un ancla para los intervinientes en la negociación ya que les lleva a negociar en una zona cercana a esa primera oferta. Es por ello que las partes se resisten a realizar esa primera oferta, temerosas de situarse en una zona poco conveniente a sus intereses. En general, solo se recomienda realizar la primera oferta si se tiene suficiente información sobre la propia situación y las alternativas e indudablemente, cuando se tiene esta información de la parte contraria.

En el curso de una negociación compleja (en la que los intereses vayan más allá del interés por comprar más barato o vender más caro) ciertas técnicas ayudarán a obtener la información que deseamos. Preguntas que ayuden a separar a la persona del problema, o que sirvan para buscar soluciones o llegar a acuerdos facilitarán esta tarea. En todo caso, habrá que **evitar presiones, amenazas o exigencias** buscando satisfacer las necesidades que las motivan o las razones en las que se basan. En general, la oferta inicial debe encontrarse fuera de la zona de posible acuerdo, pero ser creíble.

No obstante lo anterior, el anclaje también tiene utilidades constructivas en el caso de las mediaciones o **negociaciones multiparte** en las que se necesita un vector que incluya las preferencias de cada negociador de manera que el procedimiento vaya progresando hacia un resultado integrador aceptable para todos.

#### 2764 Alternativas

El poder en la negociación está en las alternativas. Aquel que se puede levantar de la mesa de negociaciones sin acuerdo con menor coste relativo que el otro negociador es quien tiene mayor **poder negociador**. Sin duda, quien tiene alternativas relativamente mejores que el adversario estará menos dispuesto a hacer concesiones, mientras que quien tiene alternativas peores, y por consiguiente mayores costes en caso de desacuerdo, tenderá a hacer más concesiones a cambio de un acuerdo rápido.

El poder negociador reside en aquello que uno puede hacer fuera de la negociación, esto es, en la calidad de su mejor alternativa en caso de desacuerdo. La utilidad de esa alternativa será la medida de nuestro **valor de reserva**. Si conseguimos incrementar nuestro valor de reserva o devaluar el valor de reserva de la otra parte conseguiremos incrementar nuestro poder. Por ello, es imprescindible que un negociador identifique cuáles son sus mejores alternativas para resolver el problema fuera de la negociación.

A la «**mejor alternativa**» ajena al proceso de negociación se denomina «**BATNA**» (Best Alternative To a Negotiated Agreement ó Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado -MAAN-). El sujeto eficaz de la negociación no solo habrá de identificar su BATNA, sino que ha de establecer una hipótesis lo más acertada posible acerca del BATNA de su interlocutor. Una vez identificadas, hay que entender el BATNA como un «valor de reserva» en la mesa de negociación porque nos ayudará a fijar el punto de ruptura de las respectivas bandas de negociación. En efecto, las alternativas al acuerdo negociado, o lo que las partes pueden resolver al margen de la negociación, definen el umbral mínimo de valor que cualquier acuerdo con la otra parte debe superar.

2766 No siempre se podrá llegar a un acuerdo y, en ocasiones, el acuerdo alcanzable puede no satisfacer en la medida deseada nuestros intereses. Sin embargo, lo que el buen negociador ha de evitar es el problema que surge cuando a punto de tomar una decisión, tiene la tentación de abandonar la negociación y no sabe si merece la pena seguir negociando o si le convendría aceptar la propuesta ofrecida por la otra parte. ¿Es lo mejor que puede conseguir? Sin duda, para ayudar a resolver esta situación, es muy conveniente que cada parte conozca, antes de acudir a negociar, cuál es su **punto de ruptura**. Y este punto de ruptura viene condicionado siempre por el BATNA. Cuanto mejor sea nuestro BATNA, mayor será nuestro poder para negociar. Un análisis exhaustivo acerca de las opciones que tenemos si no se logra un acuerdo, puede fortalecer mucho nuestros recursos. Mientras se disponga de una buena alternativa, no nos veremos obligados a cerrar un trato que no nos satisface. Un **correcto análisis** del BATNA ayudará a determinar si tiene sentido o no seguir negociando, ya que si la oferta de la otra parte supera nuestro BATNA, conviene considerar la posibilidad de aceptarla; pero si la oferta es peor, deberemos negociar una mejora. En el caso de que esta propuesta mejorada no sea aceptada por la otra parte, será el momento, entonces y solo entonces, de mencionar explícitamente nuestro BATNA, haciéndolo valer ante el otro como **táctica negociadora**.

#### 2768 Objetivo: crear valor

Aunque hay quien dice que para conseguir un buen acuerdo cada parte ha de ceder algo, los defensores de la negociación integradora sostienen que para conseguir un buen acuerdo cada parte debe **ganar algo**. Para lograrlo lo primero será agrandar el pastel. El pastel puede crecer antes de repartirlo. Para que cada uno de los sujetos intervinientes pueda ganar algo hay que ejercitarse en la **creación de valor**, cuyo secreto reside en que la ganancia de una de las partes no sea a costa de la otra. Un buen negociador no debería concentrar todos sus esfuerzos en presentar una única solución al problema. Un sujeto negociador eficaz debe concentrar todos sus esfuerzos en tener previstas muchas **opciones creativas** para, así, poder enriquecer las vías de solución sobre las que poder trabajar conjuntamente con la otra parte.

Las negociaciones distributivas, unidimensionales, tienden a ser de suma-cero: lo que uno gana lo pierde el otro. La **dinámica unidimensional** no incentiva la creación de valor. Este tipo de negociación solo tiene razón de ser en operaciones aisladas, sin continuidad previsible. Los buenos negociadores han de buscar el **acuerdo inteligente**. Aquel que da la respuesta más amplia posible a los intereses legítimos de cada parte, que se obtiene fluidamente y que no empeora las relaciones personales. El mejor negociador será aquel que es capaz de implementar en todos los contextos estrategias y modelos que incentiven la creación de valor.

# Nuevas tecnologías aplicadas al ejercicio de la abogacía

3000	A. Tratamiento de datos personales por despachos de abogados	3001
	B. Nuevas tecnologías en el ejercicio profesional	3100
	C. Promoción «online» de la actividad profesional del abogado	3180
	D. Sistemas alternativos de resolución de conflictos en línea (ODR)	3210
	E. Nuevas tecnologías como fuentes de prueba	3230

## A. Tratamiento de datos personales por despachos de abogados

3001	1. Aspectos generales de la gestión interna de despachos	3002
	2. Gestión de asuntos y protección de datos	3006
	3. Seguridad de la información	3030
	4. Responsabilidad	3040
	a. Sujetos responsables	3040
	b. Deber de secreto	3044

### 1. Aspectos generales de la gestión interna de despachos

3002 Los despachos de abogados constituyen empresas especializadas en el ofrecimiento y prestación de servicios legales tanto a particulares como a otras entidades jurídicas. Su estructura está integrada por una **plantilla de abogados**, todos vinculados al propio despacho mediante un contrato laboral para el desempeño de sus funciones profesionales como letrados, o mediante cualquier otro tipo de acuerdo de asociación que les vincule con la dirección de despacho en calidad de **socios**.

El tratamiento de información de carácter personal, constituida por los datos obtenidos de las personas físicas que a ellos acuden para la defensa de sus intereses, implica que la normativa en materia de **protección de datos de carácter personal** les sea íntegramente **de aplicación** ( Rgto (UE) 2016/679 , en adelante RGPD). El objeto de esta normativa es garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular, su derecho a la protección de sus datos personales ( RGPD art.1.2 ).

#### Precisiones

El **Reglamento europeo** - Rgto UE/2016/679 -, publicado en el DOUE de fecha 4-5-2016, es de aplicación directa en España desde el 25-5-2018. Así mismo, existe un proyecto de Ley orgánica de protección de datos de carácter personal para adaptar su ordenamiento jurídico español al citado Reglamento europeo.

3004 El avance e integración de las nuevas tecnologías en el mundo empresarial, incluido el jurídico, motivó una aclaración del alcance del derecho de **protección de datos**, clarificando el mismo como:

- el **derecho fundamental** que, a diferencia del derecho a la intimidad, atribuye a su titular un conjunto de facultades que consisten en su mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos; y

- el **poder de disposición y de control** sobre los datos personales que faculta a sus titulares (ciudadanos, particulares, clientes del despacho, etc.) para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este recabar, así como conocer quién posee su información personal y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso ( TCo 292/2000 ).

### 2. Gestión del tratamiento de datos de carácter personal

#### 3006 Gestión ordinaria de asuntos

Todo despacho de abogados dispone de una enorme cantidad de información personal relativa a sus clientes y al resto de partes personadas en un mismo procedimiento. La **aplicación** de la **normativa** en materia de protección de datos al ejercicio de la abogacía en la gestión de asuntos viene determinada por:

1) El tratamiento de datos de carácter personal (toda información sobre una persona física identificada o identificable). Se considera **persona física identificable** toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona ( RGPD art.4.1 ), total o parcialmente automatizado, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero ( RGPD art.2.1 ).

2. Dicho tratamiento consiste en cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre **datos personales** o conjuntos de datos personales, ya sea por **procedimientos automatizados o no**, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción ( RGPD art.4.2 ).

### 3007 Excepción

(RGPD art.2.2)

En virtud del objeto regulatorio del RGPD, el tratamiento de la **información** relativa a las **personas jurídicas** no se encontrará sujeto al cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos. Asimismo, dicha excepción de cumplimiento, también abarca al tratamiento efectuado por una **persona física** en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, o al tratamiento llevado a cabo por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.

### 3008 Responsable del tratamiento

(RGPD art.4.7)

Se considera responsable toda persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u órgano organismo que, solo o junto con otros, determine los **finés y medios** del tratamiento.

Si el **derecho de la Unión o de los Estados miembros** determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o lo que disponga el de los Estados miembros.

### 3009 Obligaciones

Son las siguientes:

a) **Registro de las actividades de tratamiento.** Cada responsable que cuente con **más de 250 trabajadores** ( RGPD art.30.5 ) y, en su caso, sus representantes, deberá llevar un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad ( RGPD art.30 ).

Para el supuesto de que el responsable del tratamiento cuente con **menos de 250 trabajadores**, este registro no será obligatorio, a menos que el tratamiento que realicen pueda entrañar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados, no sea ocasional o incluya categorías especiales de datos o datos relativos a condenas e infracciones penales (Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento -AEPD-).

Lo que determinará el **número de actividades de tratamiento a registrar** no será el número de procedimientos judiciales o de cualquier u otro tipo en el que participe un despacho de abogados, sino las finalidades para las cuales se destinen los datos personales que se integran en sus bases de datos y sistemas de tratamiento (p.e. datos de los **abogados del despacho**: tratamiento: gestión de personal o de recursos humanos; datos de los **clientes del despacho**: tratamiento: gestión de clientes o de expedientes judiciales; datos de los **candidatos a incorporarse al despacho**: tratamiento: datos de candidatos o de *currículum vitae*).

La **denominación de las actividades de tratamiento** es absolutamente libre, no obstante, deberán identificar perfectamente la finalidad y descripción para la cual es destinada la información contenida en los mismos, y de este modo, evitar errores en la atención y tramitación de las solicitudes que cualquiera de sus titulares remita al despacho: derechos de acceso, rectificación, supresión, a la limitación del tratamiento, portabilidad, oposición y a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas respecto del tratamiento que se está llevando a cabo (RGPD art. 15 a 22 ).

3010 b) **Aplicación de medidas de índole técnico y organizativo.** Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el **responsable del tratamiento** aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento ( RGPD art.24.1 ). En algunos casos, los responsables podrán seguir aplicando las mismas medidas que establece el Reglamento de la LOPD ( RD 1720/2007 art.88.1 ) si los **resultados del análisis de riesgos** previo concluyen que las medidas son realmente las más adecuadas para ofrecer un nivel de seguridad adecuado. En ocasiones será necesario completarlas



con **medidas adicionales** o prescindir de alguna de las medidas (Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento: [www.aepd.es](http://www.aepd.es)).

- 3011 c) **Notificación de violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control.** En caso de violación de la seguridad de los datos personales, el responsable del tratamiento la notificará a la autoridad de control competente (en el caso de España, la AEPD), **sin dilación indebida** y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas.

Si la **notificación** a la autoridad de control **no tiene lugar** en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de indicación de los motivos de la dilación ( RGPD art. 33.1 ).

Cuando la violación de seguridad de los datos personales entrañe un **alto riesgo para los derechos y libertades** de las personas físicas, el responsable procederá a la comunicación de la misma sin dilación indebida ( RGPD art.34.1 ).

- 3012 d) **Evaluación de impacto.** Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un **alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas**, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares ( RGPD art.35.1 ).

- 3013 e) **Designación de un delegado de protección de datos (DPD).** La designación **obligatoria** de un DPD vendrá determinada cuando las actividades principales del despacho de abogados consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales ( RGPD art.9 ) y de datos relativos a condenas e infracciones penales ( RGPD art.37.1.c ).

Será designado atendiendo a sus **cualidades profesionales** y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las siguientes **funciones** ( RGPD art.39 ):

a) Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las **obligaciones** que les incumben en virtud del presente reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.

b) Supervisar el **cumplimiento** de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes.

c) Ofrecer el **asesoramiento** que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el RGPD art.35 .

d) Cooperar con la **autoridad de control**.

e) Actuar como **punto de contacto** de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa ( RGPD art.36 ), y realizar **consultas**, en su caso, sobre cualquier otro asunto.

La función del DPD puede ejercerse también en el marco de un **contrato de servicios** suscrito con una persona física o con una organización ajena a la organización del responsable o del encargado del tratamiento (Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 - "Directrices sobre los delegados de protección de datos").

Asimismo, el nombramiento del delegado de protección de datos puede ser motivo de **conflicto de intereses**: aunque los DPD puedan tener otras funciones, solamente podrán confiárseles otras tareas y cometidos si estas no dan lugar a conflictos de intereses. Esto supone, en especial, que el DPD no puede ocupar un cargo en la organización que le lleve a determinar los fines y medios del tratamiento de datos personales. Debido a la estructura organizativa específica de cada organización, esto deberá considerarse caso por caso.

Como norma general, los cargos en conflicto dentro de una organización pueden incluir los **puestos de alta dirección** (tales como director general, director de operaciones, director financiero, director médico, jefe del departamento de mercadotecnia, jefe de recursos humanos o director del departamento de TI) pero también otros cargos inferiores en la estructura organizativa si tales cargos o puestos llevan a la determinación de los fines y medios del tratamiento. Asimismo, también puede surgir un conflicto de intereses, por ejemplo, si se pide a un DPD que **represente al responsable** o al encargado del tratamiento ante los tribunales en casos relacionados con la protección de datos (Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 - "Directrices sobre los delegados de protección de datos").

### 3014 Despachos de abogados

El cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa en materia de protección de datos para el **responsable del tratamiento** es de aplicación también para los despachos de abogados.

La **responsabilidad corporativa** responde del trabajo de cada uno de los abogados que integran su plantilla; su condición de responsable del tratamiento vendrá supeditada a que el despacho decida la finalidad y uso de la información personal que se recabe de forma directa de los clientes, previa firma de la oportuna **hoja de encargo profesional**.

### 3015 Información

Además de las **obligaciones** descritas en el nº 3009 s. , el responsable del tratamiento tiene:

**1.** El deber de recabar el **consentimiento** de los interesados para el tratamiento de sus datos ( RGPD art.1.a ). El consentimiento debe darse mediante un **acto afirmativo claro** que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio *web* en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales (p.e. su inclusión en la hoja de encargo profesional). Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento ( RGPD considerando 32 ).

**2.** El deber de **proporcionar información sobre la finalidad** para la que se destine dicha información personal ( RGPD art.13 ). Este deber de información se concreta, detalladamente, en los siguientes términos:

- La **identidad y los datos de contacto** del responsable y, en su caso, de su representante.
- Los datos de contacto del **delegado de protección de datos**, en su caso.
- Los **finés del tratamiento** a que se destinan los datos personales.
- La **base jurídica** del tratamiento.
- Los destinatarios o las **categorías de destinatarios** de los datos personales.
- Cuando se tenga previsto realizar **transferencias internacionales de datos** personales, informar sobre dicha intención de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional, y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión (relativa a si el tercer país, dicho territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garantizan un nivel de protección adecuado. Dicha transferencia no requerirá ninguna autorización específica - RGPD art.54 -).
- El **plazo** durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo.
- La existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el **acceso** a los datos personales relativos al interesado, y su **rectificación o supresión**, o la limitación de su tratamiento, o a **oponerse** al tratamiento, así como el derecho a la **portabilidad** de los datos.
- De la existencia del derecho a **retirar el consentimiento** en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada.
- Del derecho a presentar una **reclamación** ante una autoridad de control.
- De si la comunicación de datos personales es un **requisito legal o contractual**, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos.
- De la existencia, o no, de **decisiones automatizadas**, incluida la elaboración de perfiles ( RGPD art.22.1 y 4 ) y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

**3017** El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el **consentimiento** del interesado para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos ( RGPD art.6.1 ).

La licitud en el tratamiento de los datos personales del interesado también puede venir determinado cuando dicho tratamiento es necesario para la **ejecución de un contrato** en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales ( RGPD art.6.1. b ), o el tratamiento es necesario para el **cumplimiento de una obligación legal** aplicable al responsable del tratamiento ( RGPD art.6.1.c ). El despacho de abogados, cuando actúe como responsable del tratamiento, podrá ampararse en lo dispuesto en el RGPD art.6.1.b y c , para

justificar la licitud del tratamiento de los datos personales sus clientes, lo cual se materializará por medio del **encargo profesional** (relación contractual) que su cliente les ha encomendado.

### 3020 Resultado

El consentimiento para el tratamiento de los datos personales de un cliente y el deber de información a este son obligaciones distintas y con naturaleza jurídica propia e independiente. El despacho puede **justificar su licitud** para el tratamiento de los datos personales de sus clientes conforme a lo apuntado en líneas anteriores, pero ello no le exime de informarle sobre los apartados dispuestos por la normativa ( RGPD art.513 ). Sin embargo, el profesional también quedaría **excepcionado** de cumplir con este **deber de información** en la medida en que el interesado ya disponga de la información ( RGPD art.13.4 ).

Sin embargo, dada la relación inmediata que une al abogado y cliente, estas excepciones quedarían reservadas para otros ámbitos profesionales en términos generales ( TCo 290/2000 y 292/2000 ).

### 3022 Calidad de los datos

El responsable del tratamiento (despacho de abogados), solo podrá recoger la información personal de sus clientes para su tratamiento y disposición, cuando los mismos sean adecuados, pertinentes y no excesivos (principio de minimización de datos) en relación con la finalidad que motiva su obtención. Esta información personal no se podrá utilizar para **finalidades incompatibles** con aquella/s para la/s que los datos personales fueron recabados ( RGPD art.5 ). Por ejemplo, la disposición de datos relativos a la orientación sexual o confesión religiosa, debe estar **justificada** por el **tipo de procedimiento judicial o servicio profesional** encargado por el propio cliente (p.e. despidos laborales por cuestiones de discriminación). En caso contrario, la disposición de un dato de estas características se contemplará como infracción atendiendo a su posible consideración de «dato excesivo».

La calidad de los datos alcanza igualmente a todos aquellos datos que sean **inexactos o incorrectos**, para lo cual el responsable del tratamiento adoptará todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan -principio de exactitud- ( RGPD art.5.1.d ).

### 3024 Encargado del tratamiento

La **persona física o jurídica**, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales **por cuenta del responsable** del tratamiento ( RGPD art.4.8 ).

**a)** A diferencia de lo que sucede cuando el despacho de abogados ostenta la condición de responsable del tratamiento, por decidir sobre la finalidad de la información personal que un cliente le proporciona de forma directa, tendrá la consideración de **encargado del tratamiento** cuando otro responsable del tratamiento le encomiende la función de, por ejemplo, defender los intereses de alguna persona respecto de la cual, este último ostenta tal consideración (p.e. el caso en el que una compañía de seguros contrata a un despacho de abogados para que defienda los intereses de un asegurado en los tribunales de justicia).

**b)** La **finalidad** viene ya pre-determinada por el **encargo del servicio jurídico** que el otro responsable del tratamiento encomienda al despacho de abogados. En estos casos, este tipo de encargos profesionales deberán estar recogidos en un contrato por escrito que establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable ( RGPD art.28.3 ).

En este último (contrato), deberá establecerse de **forma expresa** que el despacho de abogados tratará los datos personales:

- únicamente siguiendo **instrucciones documentadas** del responsable del tratamiento;
- que garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la **confidencialidad** o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;
- que tomará todas las **medidas de índole técnico y organizativas** apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado ( RGPD art.32 );
- que no recurrirá a otro encargado sin **autorización** del responsable del tratamiento para prestar el servicio encargado;
- que asistirá al responsable del tratamiento para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las **solicitudes** que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados;
- que ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las medidas de índole técnico y organizativas apropiadas para garantizar un **nivel de seguridad** adecuado, teniendo en cuenta el tipo de tratamiento y la información tratada por el propio encargado;

- que a elección del responsable, **suprimirá o devolverá** todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

- que pondrá a disposición del responsable del tratamiento toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones de índole técnico y organizativas adoptadas para la prestación de sus servicios jurídicos, así como para permitir y contribuir a la realización de **auditorías**, incluidas inspecciones, por parte del responsable del tratamiento o de otro auditor autorizado por dicho responsable ( RGPD art.28 ).

La comunicación de los datos personales que realice el despacho de abogados al procurador que vaya a representar, también, a la persona en cuestión, no será considerada como una **conducta infractora**, toda vez que vendrá indicada de forma expresa por el responsable del tratamiento, así como habilitada de forma ordinaria por las distintas normas procesales que en cada caso así lo establezcan de forma imperativa.

**3026 c)** La no suscripción del contrato de prestación de servicios o acreditación de su celebración implica, en términos generales, una obligación para el responsable del fichero de informar y solicitar el oportuno consentimiento a los titulares de los datos personales para llevar a cabo la **cesión de sus datos personales**. Por otro lado, implicará para el despacho de abogados, como encargado del tratamiento (prestación del servicio jurídico concreto), un **deber de información** a los titulares de los datos sobre la tenencia de los mismos en los términos y condiciones recogidos por el RGPD art.13 . La jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones a este respecto que, para no considerar la existencia de una cesión de información entre dos empresas, y que por tanto deba recabarse el consentimiento inequívoco de los titulares de los datos para llevar a cabo dicha cesión, la misma debe estar amparada por un contrato escrito de prestación de servicios o en cualquier otra forma que permita su acreditación ( TS 6-5-08, EDJ 73257 ; 1-3-06, EDJ 29321 ).

### 3028 Obligación común

El despacho de abogados actuará como **responsable del tratamiento** cuando un cliente contrate sus servicios directamente, sin intermediarios, y actuará como **encargado del tratamiento** cuando una entidad jurídica contrate sus servicios para la defensa de sus socios, trabajadores, asociados, afiliados, etc.

Por tal motivo, el **despacho de abogados** deberá de adecuar sus sistemas de tratamiento, y cumplir con las obligaciones descritas en el RGPD, tanto actúe como responsable del tratamiento como encargado del tratamiento.

## 3. Seguridad de la información

(RGPD art.32.1)

**3030** La disposición de **herramientas** automatizadas (servidores) o no (archivos de papel) por los despachos de abogados para la organización y desarrollo de sus trabajos, exige unos estándares de seguridad cuya complejidad vendrá determinada por el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas que les contraten para la defensa de sus intereses.

### 3032 Medidas de seguridad

En todos los tratamientos de datos de carácter personal que se lleven a cabo dentro de un despacho de abogados deberán adoptarse **medidas técnicas y organizativas** apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros:

- La **pseudonimización** y el cifrado de datos personales.
- La capacidad de garantizar la **confidencialidad**, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento.
- La capacidad de **restaurar la disponibilidad** y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico.
- Un proceso de **verificación, evaluación y valoración** regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

Al evaluar la adecuación del nivel de seguridad se tendrán particularmente en cuenta los **riesgos** que presente el tratamiento de datos, en particular como consecuencia de la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos ( RGPD art.32.2 ).

Los despachos de abogados tomarán medidas para garantizar que cualquier persona que actúe bajo su autoridad y tenga acceso a datos personales solo pueda tratar dichos datos siguiendo **instrucciones** del propio despacho, salvo que esté obligada a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros ( RGPD art.32.4 ).

1) El reglamento de desarrollo de la LOPD (RD 1720/2007), determinaba con detalle y de forma exhaustiva las medidas de seguridad que debían aplicarse según el **tipo de datos** objeto de tratamiento.

2) Con la **aplicación directa del RGPD** (desde 25-5-18), los responsables y encargados del tratamiento deberán establecer las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado en función de los **riesgos detectados en el análisis previo** (Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento: [www.aepd.es](http://www.aepd.es)).

El esquema de medidas de seguridad previsto en el reglamento de desarrollo de la LOPD (RD 1720/2007 art. art.81.1 y 89 a 94 ) no seguirá siendo válido de forma automática tras la fecha de aplicación del RGPD. En algunos casos los responsables del tratamiento podrán seguir aplicando las mismas medidas que establece el reglamento de desarrollo de la LOPD (RD 1720/2007) si los resultados del análisis de riesgos previo concluye que las medidas son realmente las más adecuadas para ofrecer un nivel de seguridad adecuado. En ocasiones será necesario completarlas con medidas adicionales o prescindir de alguna de ellas. Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento: [www.aepd.es](http://www.aepd.es)).

#### 4. Responsabilidad

3040 Un despacho, abogado o profesional del ámbito jurídico es responsable del tratamiento cuando sea el que determine los **finés y medios** del tratamiento de los datos de carácter personal.

La normativa de protección de datos personales no puede analizarse en un contexto aislado sino que debe tenerse en cuenta los deberes propios de la función profesional, en especial, el **secreto profesional** (nº 3044 ).

##### a. Responsables

#### 3041 Administración pública

A expensas de que el propio órgano sancionador pueda proponer también la iniciación de **actuaciones disciplinarias** contra el autor material de la infracción, cuando la infracción venga cometida por una Administración pública (p.e. Abogacía del Estado, consejería de justicia de comunidad autónoma, un juzgado, etc.), el órgano sancionador dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción.

Cada Estado miembro podrá establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer **multas administrativas** a autoridades y organismos públicos ( RGPD art.83.7 ).

#### 3042 Entidades privadas (despacho de abogados)

En el caso de los despachos de abogados o entidades privadas, el régimen sancionador aplicable conllevará la imposición de una **sanción económica**.

##### b. Deber de secreto

3044 Los abogados que formen parte del despacho, están obligados a mantener la **confidencialidad** y guardar el secreto profesional respecto de los datos a los que accedan con ocasión de sus funciones profesionales (Código Deontológico Consejo General de la Abogacía Española).

Esta obligación de guardar el secreto profesional con relación a la información personal que se trate, **subsistirá**, aun después de expirar la finalidad que motivó la tenencia de dicha información personal.

#### 3046 Régimen de responsabilidad

El régimen de responsabilidad por la vulneración de este deber de secreto puede implicar diferentes **sanciones y responsabilidades**.

**a)** Así, atendiendo a los daños y perjuicios que una trasgresión del **derecho a la intimidad** de un particular puede suponer para este perjudicado, su resarcimiento es exigible a su autor por la **vía civil**, solicitando una **indemnización** por los daños y perjuicios sufridos ( LO 1/1982 art.9.2.c ; TS 11-4-11, EDJ 78878 ). También puede solicitarse en aquellos casos en que hayan sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de la **comisión de una infracción** del contenido del RGPD art.82.1 .

**b)** A este respecto, en los casos en los que se produzca una vulneración del deber de secreto por motivos de, por ejemplo, pérdida de información o documentación que contenga datos de carácter personal como consecuencia, a

título ilustrativo, de la inexistencia de medidas de índole técnico u organizativo de seguridad, se produce un **concurso** entre la infracción administrativa derivada de la vulneración de la confidencialidad con las infracciones concernientes a dichas medidas de índole técnico y organizativo. Sin embargo, la **pena a aplicar** deberá ser siempre la más grave de ambas. Se trata de casos en los que de un único acto infractor se derivan dos tipos de infracciones. Basta la simple **negligencia** o incumplimiento de los deberes que la normativa vigente impone a las personas responsables de extremar la diligencia ( AN 29-10-10, EDJ 244538 ).

### 3048 Culpabilidad

1. Una conducta infractora **sin culpa o dolo** no puede estimarse como cometida ( TS 18-3-05, EDJ 33699 ).
2. **Responsabilidad** del despacho de abogados **por la infracción de un trabajador**: las personas que traten la información dentro del despacho de abogados, con independencia de sus responsabilidades dentro del mismo, deben suscribir, y en consecuencia ser perfectamente conocedores, un **acuerdo de confidencialidad** donde se describan las obligaciones que en materia de confidencialidad la normativa aplicable exige. La responsabilidad sobre la información manejada recae en la «persona» del despacho, lo cual, en términos generales, puede implicar una responsabilidad directa en cualquier vulneración del deber de secreto por parte de cualquiera de sus empleados. La **empresa** no puede desentenderse de las conductas que en materia de protección de datos puedan hacer sus empleados (p.e. en relación con la seguridad de las actividades de tratamiento) ( AN 29-10-10, EDJ 244538 ).
3. **Excepción** a la responsabilidad del despacho de abogados: en caso de que se consiga acreditar que el **incumplimiento** del deber de secreto es imputable, exclusivamente, a la **conducta del titular** de los datos (cliente). Su propia actitud motivó que un tercero conociera o accediera a su información personal ( AN 9-9-10, EDJ 188946 ).
4. **Excepción** al régimen de responsabilidad **por vulneración** del deber de secreto: cuando dicha revelación haya sido habilitada por una ley ( AN 3-6-10, EDJ 94706 ).

## B. Nuevas tecnologías en el ejercicio profesional

3100	<b>1. Aspectos generales</b>	3102
	<b>2. Comunicaciones del abogado con clientes y colaboradores</b>	3105
	a. Comunicaciones a través de correo electrónico	3107
	b. Comunicaciones mediante aplicaciones de mensajería instantánea	3115
	c. Comunicaciones a través de redes sociales, «blogs» y foros	3125
	d. Comunicaciones mediante videoconferencia	3127
	<b>3. Comunicaciones electrónicas del abogado con las Administraciones públicas</b>	3135
	a. Obligación de las Administraciones públicas y derecho/obligación de los ciudadanos	3138
	b. Sedes electrónicas y registros electrónicos	3140
	c. Utilización de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento	3150
	d. Comunicaciones electrónicas con la Administración de Justicia	3155
	<b>4. Utilización de la firma electrónica</b>	3170

### 1. Aspectos generales

3102 En la actualidad, las nuevas tecnologías constituyen una parte intrínseca del ejercicio profesional del abogado quien habitualmente emplea múltiples **herramientas informáticas** tales como: paquetes ofimáticos para procesar textos, elaborar hojas de cálculo, realizar presentaciones multimedia o gestionar bases de datos; una amplia gama de programas informáticos para cubrir necesidades más específicas; aplicaciones de gestión de tareas; navegadores de internet; motores de búsqueda; recursos jurídicos en línea tales como bases de datos o boletines oficiales en formato electrónico; aplicaciones de correo electrónico y de mensajería instantánea para PC y dispositivos móviles junto con aplicaciones de envío y recepción de mensajes cortos (SMS); redes sociales; foros; bitácoras; servicios de videoconferencia y de voz sobre IP (VoIP); o, incluso, servicios en la nube.

Los **paquetes ofimáticos** le permiten elaborar y archivar, de un modo sencillo, textos, hojas de cálculo, presentaciones multimedia, bases de datos, etc. Las **aplicaciones de gestión de tareas** facilitan la actividad diaria del despacho. La consulta de **base de datos jurídicas** en línea o de boletines oficiales en soporte electrónico aporta un acceso inmediato a la legislación y jurisprudencia aplicable en cada caso. El envío de correos electrónicos y de mensajes cortos de texto, así como el uso de aplicaciones de **mensajería instantánea** y de videoconferencias agilizan sus comunicaciones. Además, una buena gestión de las **redes sociales**, foros o bitácoras pueden aportar un valor añadido al ejercicio profesional y contribuir a la promoción del despacho. El abogado debe mantener un elevado

nivel de diligencia cuando navegue por internet; permita la instalación de «cookies»; acceda a servicios mediante contraseñas; utilice conexiones *wifi*, aplicaciones de mensajería instantánea o servicios de geolocalización; y, en particular, si lo hace desde dispositivos que también emplee durante su ejercicio profesional.

La **información** se ha convertido en uno de los activos más importantes de los despachos de abogados y, por tanto, se deben adoptar las **medidas necesarias** para: garantizar el secreto profesional, la confidencialidad de los datos y la seguridad de la información; cumplir la normativa sobre protección de datos personales; evitar cualquier pérdida, sustracción o acceso no autorizado a la información almacenada en dispositivos electrónicos (ordenadores, tabletas, agendas electrónicas, teléfonos y televisiones inteligentes, cámaras y grabadoras de voz digitales, discos duros externos, CD-ROM, DVD, tarjetas de memoria, memorias USB, dispositivos relacionados con el denominado «Internet de las cosas» (IoT) o dispositivos *wereables*, entre otros); y proteger la información de sus clientes frente a posibles amenazas tales como: la infección por un virus, troyano o programas malintencionados como el *ransomware*; el fallo de equipos informáticos, servidores o aplicaciones críticas; el extravío o robo de un disco duro externo con información sensible; un ataque de denegación de servicio dirigido a su página *web* corporativa; o el acceso ilegítimo por parte de un tercero a alguno de sus dispositivos o a la información que pueda encontrarse en la nube.

## 2. Comunicaciones del abogado con su clientes y colaboradores

---

**3105** Las **comunicaciones electrónicas** del abogado con sus clientes o colaboradores internos (otros abogados del despacho y personal de apoyo) o externos (procuradores y peritos, entre otros) quedan protegidas por el secreto de las comunicaciones ( Const art.18.3 ). El secreto profesional, la confidencialidad y la seguridad de la información deben garantizarse y, por tanto, resulta conveniente incluir los **términos de uso y condiciones legales** de este tipo de medios de comunicación en la hoja de encargo suscrita con el cliente (nº 893 s. ) o en los contratos que se celebren con el resto de colaboradores. Debe prestarse especial atención a aspectos tales como: la posibilidad de utilizar o no determinados medios como, por ejemplo, el correo electrónico o aplicaciones de mensajería instantánea, las direcciones habilitadas para la recepción y envío de tales correos electrónicos o el horario en que podrán enviarse mensajes a través de las aplicaciones de mensajería instantánea e incluso una reserva a favor del abogado que le permita suspender la utilización de alguno de estos medios cuando el tercero haga un mal uso y no respete los términos y condiciones pactados.

### a. Comunicaciones a través del correo electrónico

**3107** Para **garantizar**, en la medida de lo posible, la **protección** de los datos personales, el secreto profesional, la confidencialidad y la seguridad de la información el abogado debe analizar: los términos de seguridad y privacidad del servicio de correo electrónico; la posible utilización de firma electrónica; la capacidad máxima de almacenamiento permitida; la realización y frecuencia de copias de seguridad; las opciones de cifrado de los mensajes; o el empleo de filtros de correo «anti-spam» y antivirus, entre otros.

**3109** **Dirección de correo de una persona física: dato de carácter personal**  
(LOPD art.2 y 3.a; RD 1720/2007 art.5)

La dirección de correo electrónico profesional, empresarial o corporativo de una persona física se considera un dato de carácter personal en cuanto información sobre una persona física identificada o identificable directa o indirectamente y, en particular, mediante un identificador concreto como puede ser el nombre, el número de identificación, los datos de localización, el identificador en línea; o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona ( Rgto UE/2016/679 ). En este sentido, la dirección de correo electrónico **permite la identificación** de su titular:

a) De un **modo directo** si contiene su nombre y apellidos, empresa en la que trabaja o país de residencia.

b) De **forma indirecta** -incluso cuando sea una denominación abstracta o combinación alfanumérica- consultando al servidor que gestiona el dominio y al que necesariamente la dirección está referenciada ( AN 15-1-11, EDJ 2685 ).

De acuerdo con la normativa sobre protección de datos personales, y su tratamiento requiere el **consentimiento** del interesado en cuanto manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca ( Rgto UE/2016/679 art.4.11 ) que, según el LOPD art.3.j, debe ser previo e informado y sin que el responsable del tratamiento quede eximido de esta obligación por el simple hecho de su constancia en una fuente accesible al público (censo promocional, guías de servicios de comunicaciones electrónicas, listados profesionales o diarios y boletines públicos). No obstante, esta circunstancia podría tenerse en cuenta al efectuar la ponderación entre el interés legítimo del responsable o cesionario y los derechos y libertades del interesado ( TS 8-2-12, EDJ 9156 en relación con TJUE 24-11-11, asunto C-468/10 que declara nulo el RD 1720/2007 art.10.2 b y mantiene la eficacia directa de la Dir 95/46/CE art.7.f ).

### 3111 Envío de un correo electrónico a más de un destinatario

Con carácter general, para evitar filtraciones de las direcciones electrónicas a terceros debe usarse el **campo CCO** (con copia oculta). Sin embargo, cuando los destinatarios del correo electrónico sean varios miembros de un mismo despacho de abogados puede aplicarse la excepción legal relativa a las relaciones laborales o profesionales sin que, por tanto, resulte necesario utilizar el citado campo ( AEPD Resol PS/00629/2012 y PS/00679/2009 ).

#### b. Comunicaciones mediante aplicaciones de mensajería instantánea

3115 El abogado debe garantizar la protección de los datos personales, el secreto profesional, la confidencialidad y la seguridad de la información y será deseable que analice ciertos aspectos concretos sobre la prestación de estos servicios como: la existencia, tipo y condiciones del cifrado; el lugar de almacenamiento de los mensajes; o las medidas de seguridad habilitadas para impedir el acceso ilegítimo por terceros al contenido de los mensajes ( APDCAT Dictamen CNS-24/2013 y Opinión 2/2013 GT29). Resulta frecuente que este tipo de aplicaciones permitan acceder a los datos personales de los contactos de la agenda telefónica sin haber recabado su previo consentimiento lo que puede suponer una vulneración de la normativa sobre protección de datos.

#### c. Comunicaciones a través de redes sociales, «blogs» y foros

3125 El envío de mensajes públicos por un abogado a través de una red social, foro de debate o sala pública de charla electrónica **puede vulnerar** el secreto profesional, la confidencialidad de la información y la normativa sobre protección de datos personales y, en particular, el nivel de protección que resulta necesario teniendo en cuenta el tipo de datos objeto de tratamiento. El abogado debe examinar las **condiciones legales y términos de uso** de estos servicios y prestar especial atención a aquellos aspectos que puedan afectar a su ejercicio profesional para valorar tanto la conveniencia o no de utilizarlos o de optar por el uso concreto de uno de ellos en detrimento del resto cuando no todos ofrezcan el mismo nivel de protección.

#### d. Comunicaciones mediante videoconferencia

3127 La utilización de videoconferencia para las comunicaciones con otras sedes del despacho o con el resto de colaboradores reduce los **costes** de las comunicaciones pero siempre ha de garantizarse la seguridad de las comunicaciones, el secreto profesional y la confidencialidad de la información. En consecuencia, algunos servicios de videoconferencia -por lo general, aquellos de carácter «gratuito»- pueden no ser aptos para este tipo de comunicaciones al producirse el almacenamiento de ciertos datos de la comunicación o la instalación de *cookies*. Resulta necesario conocer las condiciones y términos de uso de estos servicios. No hay que olvidar que el uso de la videoconferencia está permitido en el ámbito judicial si bien queda sujeto a determinadas garantías.

### 3. Comunicaciones electrónicas del abogado con las Administraciones públicas

---

3135 Son objeto de estudio en este apartado:

- Obligación de las Administraciones públicas y derecho/obligación de los ciudadanos (nº 3138 ).
- Sedes electrónicas y registros electrónicos (nº 3140 ).
- Utilización de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento (nº 3150 ).
- Comunicaciones electrónicas con la Administración de Justicia (nº 3155 ).

#### a. Obligación de las Administraciones públicas y derecho/obligación de los ciudadanos

(LPAC art.9 s.)

3138 Las Administraciones públicas tienen la obligación de impulsar el empleo y la aplicación de técnicas y medios tecnológicos, informáticos y telemáticos en el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias y deben garantizar a los ciudadanos su derecho a relacionarse con ellas a través de medios electrónicos ( LPAC art.13.a ). Con carácter general, las **personas físicas** pueden elegir, en todo momento, si se comunican con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a ello por imposición reglamentaria para determinados procedimientos y colectivos de personas físicas con relación a las cuales quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos. Sin embargo, el uso de medios electrónicos resulta **obligatorio** cuando se trate de alguno de los **sujetos** enumerados en la LPAC art.14 :



- las personas jurídicas;
- las entidades sin personalidad jurídica;
- quienes ejerzan una actividad profesional que requiera colegiación obligatoria y, en todo caso, los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones públicas en ejercicio de dicha actividad profesional y, por tanto, para los abogados en las actuaciones que lleven a cabo como consecuencia de su ejercicio profesional;
- los representantes de un interesado obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración; y
- los empleados de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones en su condición de empleado público.

#### Precisiones

Actualmente se encuentra en **tramitación** un proyecto de real decreto que desarrollará diversos aspectos de la L 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y la L 40/2015, de régimen jurídico del sector público relacionados con el **funcionamiento electrónico del sector público**.

#### b. Sedes electrónicas y registros electrónicos

**3140** Cuando el interesado decida o deba utilizar los medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones públicas deberá acudir a las sedes electrónicas y a los registros electrónicos.

#### **3142 Sedes electrónicas**

(LRJSP art.38 s.)

Las sedes electrónicas son **puntos de acceso en Internet** (direcciones electrónicas) a disposición de la ciudadanía cuya **titularidad** corresponde a una Administración pública, organismo público o entidad de Derecho público cuya gestión y administración debe llevar a cabo con respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y de los servicios a los que permita el acceso. A través de ellas, los ciudadanos puedan acceder a la información y a los servicios del titular de la sede en cualquier momento y con las mismas garantías que si lo hiciera presencialmente por lo que deben estar dotadas de las medidas jurídicas, organizativas y técnicas necesarias para garantizar la prestación de los contenidos y servicios bajo los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad, interoperabilidad y la actualización de la información y los servicios que la integran.

#### **3144 Registros electrónicos**

(LPAC art.16 y 31.2)

Los registros electrónicos **permiten** la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones relativas a los procedimientos administrativos y trámites gestionados por medios electrónicos. Cada Administración debe disponer de un **Registro Electrónico General** donde consten los asientos relativos a los documentos que se presenten o reciban en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad vinculada o dependiente de estos y los asientos de salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares. Todos los registros electrónicos de las Administraciones públicas deben ser plenamente interoperables para garantizar su compatibilidad informática e interconexión y la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten. Los **asientos** deben dejar constancia del número, epígrafe con su naturaleza, fecha y hora de presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía y, en su caso, referencia al contenido del documento que se registra. Efectuada la presentación el registro electrónico emitirá, de forma automática, un recibo consistente en una **copia autenticada** del documento que incluye la fecha y hora de presentación, el número de entrada de registro y un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, garantizando la integridad y no repudio de los mismos.

#### **3146 Registros electrónicos de apoderamientos**

(LPAC art.6)

Los registros electrónicos de apoderamiento **permiten** dejar constancia de todas las representaciones otorgadas por los interesados a terceros para actuar en su nombre ante la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes tanto cuando se emitan para todo tipo de actuaciones llevadas a cabo ante cualquier Administración como cuando se restrinja a una determinada Administración o a un trámite concreto. El **apoderamiento «apud acta»** se otorgará mediante comparecencia electrónica en la sede electrónica mediante los sistemas de firma electrónicos previstos en la L39/2015 o a través de comparecencia personal en las oficinas de asistencia en materia de registros.

Los poderes inscritos tendrán una **validez** máxima de 5 años desde su fecha de inscripción si bien podrán revocarse en cualquier momento o prorrogarse durante una duración máxima de 5 años a contar desde la fecha de inscripción.

### c. Utilización de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento

---

3150 Los medios utilizados son los siguientes:

- sistemas de identificación en el procedimiento;
- sistemas de firma admitidos por la Administración; y
- uso de medios de identificación y firma en el procedimiento administrativo.

3151 **Sistemas de identificación en el procedimiento**

(LPAC art.9)

Las Administraciones públicas están obligadas a verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo mediante la comprobación de su nombre y apellidos o denominación o razón social que consten en el documento nacional de identidad o documento identificativo equivalente. Los interesados pueden identificarse electrónicamente ante las Administraciones públicas a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad y, en particular, mediante los siguientes, si bien cada Administración puede decidir que solo admitirá alguno de ellos:

- los sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de **firma electrónica** expedidos por prestadores incluidos en la lista de confianza de prestadores de servicios de certificación y, por tanto, mediante certificados de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica que, si bien han sido sustituidos por los **certificados de representante** ( Rgto UE/910/2014 ) se pueden utilizar hasta su caducidad o revocación;
- los sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de **sello electrónico** expedidos por prestadores incluidos en la lista citada con anterioridad;
- los sistemas de **clave concertada** y cualquier otro sistema que las Administraciones públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

3152 **Sistemas de firma admitidos por la Administración**

(LPAC art.10)

Los interesados pueden firmar a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento y la integridad e inalterabilidad del documento y, en particular, aunque cada Administración puede decidir que solo admitirá alguno de ellos:

- los sistemas de **firma electrónica** reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la lista de confianza de prestadores de servicios de certificación lo que incluye los de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que, si bien han sido sustituidos por los certificados de representante ( Rgto UE/910/2014 ), pueden utilizarse hasta su caducidad o revocación;
- los sistemas de **sello electrónico** reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico incluidos en la citada lista;
- cualquier **otro** sistema que las Administraciones públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

Cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones públicas pueden admitir los sistemas de identificación contemplados en la LPAC como sistemas de firma si permiten acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados. Cuando los interesados utilicen uno de los sistemas de firma previstos, su identidad se entiende acreditada mediante el propio acto de la firma.

3153 **Uso de medios de identificación y firma en el procedimiento administrativo**

(LPAC art.10 y 11)

Con carácter general, para cualquier actuación en un procedimiento administrativo será suficiente con que los interesados acrediten previamente su identidad a través de cualquiera de los medios de identificación previstos en la LPAC. Sin embargo, el **uso de firma** será **obligatorio** cuando se trate de las siguientes **actuaciones**:

- formular solicitudes;
- presentar declaraciones responsables o comunicaciones;

- interponer recursos;
- desistir de acciones;
- renunciar a derechos.

El uso de la **firma electrónica** se aplica en el seno de las Administraciones públicas, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que mantengan aquellas y estos entre sí o con particulares ( L 59/2003 art.4.1 ).

#### d. Comunicaciones electrónicas con la Administración de Justicia

(L 18/2011; LOPJ art.230; RD 1065/2015; SG Administración de Justicia Resol 15-12-2015; Rgto UE/910/2014 )

#### 3155 Las comunicaciones pueden llevarse a cabo:

- a través del propio ciudadano (nº 3156 ); o
- por medio de abogados y profesionales de la justicia (nº 3157 ).

#### 3156 Ciudadanos

(RD 1065/2015 art.4 , 8.2 y 9.2)

Cuando los ciudadanos no cuenten con la asistencia o representación de un profesional de la justicia **pueden optar** por comunicarse con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos y elegir la forma en que recibirán las comunicaciones y notificaciones. Sin embargo, al igual que ocurre en las relaciones con el resto de Administraciones públicas, el uso de medios electrónicos en sus comunicaciones con la Administración de Justicia resulta **obligatorio** para algunos sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional que requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen en ejercicio de dicha actividad profesional.
- d) Los notarios y registradores.
- e) Quienes representen a un interesado obligado a emplear medios electrónicos.
- f) Los funcionarios de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.
- g) Los que legalmente o reglamentariamente se establezcan.

Cuando un ciudadano que no esté asistido ni representado por profesionales de la justicia opte por la presentación de escritos y documentos, traslado de copias y realización de comunicaciones y notificaciones a la Administración de Justicia por medios electrónicos puede hacer uso del **servicio compartido de sesión de notificaciones electrónicas** y de la **carpeta ciudadana** habilitados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, siempre que los medios tecnológicos lo permitan.

#### 3157 Abogados y profesionales de la justicia

(RD 1065/2015 art.5 , 8.1, 8.3 y 9.1)

Los abogados, procuradores, graduados sociales, abogados del Estado, letrados de las Cortes Generales, de las asambleas legislativas y del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las demás Administraciones públicas, de las comunidades autónomas o de los entes locales así como los colegios de procuradores y administradores concursales están **obligados** a utilizar los **sistemas electrónicos** para la presentación de escritos y documentos y la recepción de actos de comunicación. También deben utilizarse por todos los miembros de los órganos y oficinas judiciales y fiscales en el desempeño de su actividad. Los órganos y las oficinas judiciales y fiscales, así como los profesionales de la justicia, remitirán sus escritos y documentos a través del **sistema LexNET**.

#### 3160 Sistema LexNet

(RD 1065/2015 art.13 s.)

El sistema LexNet consiste en una **plataforma de intercambio seguro** de documentos judiciales entre los órganos judiciales y una gran diversidad de operadores jurídicos (entre ellos, los abogados) para aquellas comunidades autónomas sin competencias en materia de justicia o que teniéndolas hubieran solicitado su uso. En el resto, se utilizarán los sistemas que hubieran implantado.

- a) Presentación y transporte de **escritos procesales** y documentos que los acompañen, su distribución y remisión al órgano u oficina judicial o fiscal encargada de su tramitación.
- b) Gestión del traslado de **copias** con acreditación de la fecha y hora del traslado.
- c) Realización de **actos de comunicación** procesal.
- d) Expedición de **resguardos** electrónicos acreditativos de la presentación de escritos y documentos anexos, traslado de copias así como envío y recepción de los actos de comunicación procesal junto con la fecha y hora en que se efectúa.
- e) Constancia e identificación de las **transacciones realizadas**.

En consecuencia, la plataforma **garantiza**:

- a) La presentación de escritos y documentos.
- b) La recepción de actos de comunicación, sus fechas de emisión, puesta a disposición y recepción o acceso al contenido de los mismos mediante el uso de técnicas criptográficas.
- c) El contenido íntegro de las comunicaciones y la identidad del remitente y destinatario de las mismas mediante técnicas de autenticación adecuadas de conformidad con la L 59/2003 y el Rgto UE/910/2014 .

Cuando el sistema LexNet **no** se encuentre **disponible** y no pueda prestarse el servicio en las condiciones establecidas, informará a los usuarios y expedirá, previa solicitud, justificante de la interrupción del servicio o certificado del Consejo General Profesional correspondiente indicando: la imposibilidad, el tiempo que permaneció inactivo y las causas. Estos justificantes y certificados permitirán justificar la falta de acceso al sistema durante ese período por causas técnicas.

Cuando el **volumen** de los **archivos adjuntos**, su formato o insuficiencia de capacidad del sistema LexNET no permita su inclusión y envío junto con el escrito principal, debe enviarse solo el escrito. El resto de documentación -junto con el formulario normalizado previsto o, en su defecto, el índice con el número, clase y descripción de los documentos y el acuse de recibo del envío emitido por el sistema- deberá presentarse ese día o el día hábil inmediatamente posterior en el órgano u oficina judicial o fiscal correspondiente mediante soporte digital o en cualquier medio electrónico accesible para los órganos y oficinas judiciales y fiscales.

#### 4. Utilización de la firma electrónica

(Rgto UE/910/2014; L 59/2003)

**3170** La firma electrónica es el **conjunto de datos en formato electrónico** consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante (L59/2003 art.3.1).

La firma electrónica **avanzada** es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmado, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control (L59/2003 art.3.2).

La firma electrónica **reconocida o cualificada** consiste en la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma que respecto de los datos consignados en forma electrónica tiene el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel (L59/2003 art.3.3 y 3.4).

No se negarán **efectos jurídicos** a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos que esté asociada por el hecho de presentarse electrónica (L59/2003 art.3.9). Cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo que hubieran estipulado (L59/2003 art.3.10). Así mismo, todos los sistemas de identificación y firma electrónica previstos en la LPAC tendrán plenos efectos jurídicos ( L 59/2003 art.3.11 ).

#### **3172** Certificados electrónicos

(L 59/2003 art.6 s.)

Un certificado electrónico es un **documento firmado electrónicamente** por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad, es decir, de la persona que utiliza un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representa ( L 59/2003 art.6 ).

El Rgto UE/910/2014 identifica los siguientes **tipos** de certificados:

- **de firma electrónica**: declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una persona física y confirme, al menos, su nombre o seudónimo ( Rgto UE/910/2014 art.3.14 );

- **de sello electrónico**: declaración electrónica que vincule los datos de validación de un sello con una persona jurídica y confirme el nombre de esa persona ( Rgto UE/910/2014 art.3.29 );

- **de autenticación de sitio «web»**: declaración que permite autenticar un sitio *web* y vincula al sitio *web* con la persona física o jurídica a quien se ha expedido el certificado ( Rgto UE/910/2014 art.3.38 ).

### 3174 Certificado reconocido o cualificado

(L 59/2003 art.11 s.)

Los certificados reconocidos son certificados electrónicos expedidos por un prestador de servicios de certificación que cumplen los **requisitos** establecidos en la L 59/2003 en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten. Antes de su expedición, el prestador de servicios de certificación tiene las siguientes **obligaciones**:

a) Comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados.

b) Verificar la exactitud de la información contenida en el certificado es exacta y que esta sea la exigida para un certificado electrónico.

c) Asegurarse de que el firmante tiene el control exclusivo sobre el uso de los datos de creación de firma correspondientes a los de verificación que constan en el certificado.

d) Garantizar la complementariedad de los datos de creación y verificación de firma cuando ambos se generen por el prestador de servicios de certificación.

El Rgto UE/910/2014 identifica los siguientes **tipos** de certificados cualificados:

- **de firma electrónica**: certificado de firma electrónica expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que reúne los requisitos del anexo I del Reglamento ( Rgto UE/910/2014 art.3.15 );

- **de sello electrónico**: certificado de sello electrónico expedido por un prestador calificado de servicios de confianza que cumple los requisitos establecidos en el anexo III del Reglamento ( Rgto UE/910/2014 art.3.30 );

- **de autenticación de sitio «web»**: certificado de autenticación de sitio *web* expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza que cumple los requisitos del anexo IV del Reglamento ( Rgto UE/910/2014 art.3.39 ).

### 3176 Documento nacional de identidad electrónico

(L 59/2003 art.15 y 16 )

El documento nacional de identidad electrónico **acredita** la identidad personal de su titular y permite la firma electrónica de documentos. Todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, deben reconocer su **eficacia** para acreditar la identidad y los demás datos personales de su titular, la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica incluidos en él.

## C. Promoción «online» de la actividad profesional del abogado

3180 La **identidad digital** del abogado y de su despacho se conforma a partir de la imagen que difunden en internet a través de sus páginas *web* corporativas, *blogs*, perfiles y páginas en redes sociales y de las opiniones que emiten usuarios y clientes sobre ellos, mientras que la **reputación «online»** hace referencia a la valoración que obtienen como consecuencia del uso que efectúan de las posibilidades que les ofrece internet y, en particular, con relación a: la optimización de resultados en motores de búsqueda; el posicionamiento en los buscadores de internet; la creación y publicación de contenidos en perfiles corporativos de redes sociales y páginas *web* especializadas; o desarrollo de su notoriedad y presencia en internet.

### 3182 Publicidad y competencia desleal

(L 34/1988; RD 658/2001)

Las normas deontológicas limitan la **publicidad** en el ámbito de la abogacía y, por tanto, no pueden generar una vulneración del secreto profesional, incitar al pleito, ofrecer los servicios profesionales a víctimas de accidentes o desgracias, prometer la obtención de resultados, referirse a otros clientes o hacer comparaciones con otros letrados o con sus actuaciones concretas ( TSJ Cataluña 19-11-02, EDJ 94006 ). Además, la captación de clientes no debe suponer **competencia desleal**, es decir, no debe atentarse contra la dignidad de las personas o a la función social de la abogacía, usar a terceros para eludir las obligaciones deontológicas ni percibir o pagar contraprestaciones infringiendo las normas.

### 3184 Responsabilidad por opiniones o contenidos publicados por terceros en la «web» corporativa, «blogs» o foros (L 34/2002 art.13 s.)

La responsabilidad se establece a partir de los tres **factores** siguientes:

- a) Conocimiento efectivo y diligencia debida del titular del portar.
- b) Naturaleza de la actividad desarrollada por los titulares del portal.
- c) Capacidad de control y moderación sobre los contenidos ajenos.

Se ha considera **exento** quien ofreciendo bienes y servicios por medio de una página *web* no tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o información o que, al tener conocimiento de ello, actúe con la debida diligencia para la retirada o bloqueo de aquellos que vulneren de forma evidente derecho de terceros ( JI Barcelona núm 9 auto 27-3-03 ; AP 19-2-10 ). La jurisprudencia aplica de forma restrictiva la exención de responsabilidad ( TS 9-12-09, EDJ 282563 ; 18-5-10, EDJ 61583 ) y, por tanto, llega a considerar **responsable** al prestador de servicios no solo respecto a la información y contenidos propios sino también con relación a la presencia de virus, troyanos o similares si esto provoca un perjuicio para terceros.

### 3186 Web profesional (RDLeg 1/2010 art.11 bis , 11 ter y 11 quárter)

Tanto el **diseño o apariencia gráfica** (interfaz del usuario como el código fuente (como programa de ordenador) y el contenido de la *web* se encuentran protegidos por el régimen de **propiedad intelectual**. En consecuencia, será importante delimitar las obras que configuran la *web*, los autores y los cesionarios de los derechos de explotación para establecer las responsabilidades y derechos de cada uno de ellos.

No obstante, los **contenidos** de la página *web* deben ser originales, en caso de haber sido publicados antes por terceros, que las licencias de tales publicaciones permitan su utilización por terceros.

### 3188 Protección de datos/política de privacidad (LOPD; RD 1720/2007)

Si se recaban **datos personales** a través de la *web* será de aplicación la normativa de protección de datos ( TJCE 6-11-03 , Asunto Sra Lindqvist C-101/01 ). Si se realizan procesos de **selección de personal** a través de la *web* deberán implantarse medidas de seguridad para proteger la información y datos recibos siendo conveniente establecer formularios tipo ( AEPD Resol PS/00239/237 ).

### 3190 Aviso legal y condiciones generales

En el pie de la página o en una página aparte deberá constar la **información legal mínima** de la L 34/2002 . Esta obligación resulta también extensible a los *blogs* cuando incluyan enlaces a sitios *web* publicitarios o a otros relacionados con la temática del *blog* y se obtenga por ello una remuneración directa o algún tipo de beneficio económico ( L 34/2002 art.10 ). Si existieran **condiciones generales** deberán mostrarse antes de acceder a la *web* o exigir un registro tras el cual se solicite la aceptación de dichas condiciones mostradas (conducta activa; L 7/1998 ).

### 3192 Redes sociales

La **confidencialidad** no queda garantizada por el hecho de que los administradores, a cambio de tratar los datos y las comunicaciones que se produzcan en sus redes, presten sus servicios de forma gratuita. Por lo tanto, si un cliente desea contactar con un abogado a través de una red para encargar un asunto, el **asesoramiento** debería realizarse en un canal distinto.

Resulta, también recomendable limitar el tratamiento de los datos publicados en la red mediante la elaboración de una **política privacidad** que aumente las restricciones y deshabilite opciones tales como la **geolocalización** en la aplicación y en el dispositivo móvil.

### 3194 Impacto de su presencia

Los comentarios que puedan emitirse sobre temas e informaciones legales de actualidad no deben vulnerar los **deberes deontológicos**: secreto profesional, conflicto de intereses, publicidad e integridad. Por tanto, no deberán hacerse comentarios sobre experiencias anteriores que ofendan a clientes, jueces o contrapartes o que revelen información sobre un caso pasado, comentarios despectivos sobre un abogado, cliente o juez que por error terminan colocados en el muro de la red social o incluso opiniones de individuales que pueden interpretarse por los internautas como opiniones del conjunto de la profesión socavando la confianza que la sociedad en los profesionales del derecho.

### 3196 Confusión entre el perfil personal y el perfil profesional

Es conveniente distinguir el perfil personal del profesional para evitar que interacciones informales realizadas en la intimidad que otorgan las redes sociales puedan suponer la **aceptación** de un **encargo profesional** o sean considerados consejos legales con las consecuencias correspondientes.

### 3198 Política de uso de las redes sociales

Mediante la definición de una estrategia de presencia en las redes y de una política de uso de estas para los abogados como para el resto del personal del despacho se podrán minimizar los daños que, como consecuencia, de su uso pudieran producirse en su reputación. La **amistad** entre **abogado o procurador y juez** solo podrá ser causa de causa de abstención o recusación del juez si se demuestra que esa amistad genera la pérdida de imparcialidad del juez siendo un problema más deontológico que jurídico ( LOPJ art.219.9 ).

### 3200 «Blogs» y foros

(L 37/2007)

Se permite la **reutilización de sentencias** y otras resoluciones judiciales por personas físicas o jurídicas con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a las mismas y a productos con valor añadido elaborados a partir de ellas, con fines comerciales o no. Se permite enlazar, reproducir, comentar y analizar sentencias siempre que no se altere ni se desnaturalice su contenido, se indique la cita y la fecha de cada sentencia o resolución judicial y se hayan disociado los datos de carácter personal ( AEPD Resol 29-2-2012 ).

#### Precisiones

Actualmente, las sentencias llevan incorporadas el **código CSV** (código seguro de verificación) que no debería hacerse público al permitir el acceso al documento *online* de la sentencia sin anonimizar, es decir, completa y con todos los datos personales de la víctima, incluido su nombre y DNI.

Recientemente, no ha sucedido así con una sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra sobre hechos acaecidos durante las fiestas de los Sanfermines ( AP Navarra 20-3-18, EDJ 47820 ) lo que ha dado lugar a su **investigación** por parte del Consejo General del Poder Judicial y a la determinación de posibles **responsabilidades** por parte de la Agencia Española de Protección de Datos.

### 3202 Derecho de cita

(RDLeg 1/1996 art.32)

Deberá respetarse el derecho de cita de manera que solo se podrán incluir fragmentos de obras ajenas si han sido ya divulgadas y se incluyen a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización deberá hacerse con **fines docentes o de investigación**, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

### 3205 Trabajos sobre temas de actualidad

(RDLeg 1/1996 art.33)

Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los **medios de comunicación** social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del **derecho del autor** a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa. También se podrán reproducir, distribuir y comunicar las **conferencias, alocuciones, informes** ante los tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que se realice con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. A este respecto, cabe señalar que los tribunales no siempre han considerado a **internet** como medio de comunicación.

### 3207 Comunicaciones comerciales o promocionales a través de correos electrónicos, mensajes cortos y multimedia

(L 34/2002 art.21; Dict 5/2004 GT29; Informe AEPD 307/2009 )

Las comunicaciones comerciales o promocionales a través de correos electrónicos, mensajes cortos y multimedia deben cumplir los siguientes **requisitos**:

a) Haber sido solicitadas o expresamente **autorizadas** por sus destinatarios salvo que el prestador haya obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los emplee para el envío de comunicaciones referentes a productos o servicios de la propia empresa, similares a los que fueron objeto de contratación.

b) Identificar claramente e incluir al comienzo la palabra «**publicidad**» o la abreviatura «publi». El destinatario tiene **derecho de oposición** al tratamiento de los datos en su recogida y en cada envío mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

c) Como consecuencia del deber de información general, los destinatarios del servicio y los órganos competentes deben tener **acceso por medios electrónicos** de forma permanente, fácil, directa y gratuita a los **datos** contenidos en la L 34/2002 . Además, por ser la abogacía una profesión regulada, deben ser accesibles: los datos del colegio profesional al que pertenezca, número de colegiado, título académico oficial o profesional con el que cuente, Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento, las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos

## D. Sistemas alternativos de resolución de conflictos en línea (ODR)

**3210** El avance de las nuevas tecnologías ha permitido a las partes acudir a sistemas alternativos de resolución de conflictos en línea al objeto de poner **fin** a sus **controversias** incluso cuando el origen de la controversia no sea la prestación de servicios de la sociedad de la información. En estos casos, deben habilitarse los mecanismos necesarios que garanticen la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos a emplear así como la privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones, la confidencialidad y el cumplimiento de lo prescrito en la normativa de protección de datos de carácter personal.

A partir del 9-1-2016, entró en funcionamiento una **plataforma europea** de resolución de litigios derivados de compras online entre clientes y empresas ( Dir 2013/11/UE y Rgto UE/524/2013 ) si que algunos Estados miembros de la Unión Europea -entre ellos, España- hayan designado sus organismos nacionales de resolución de litigios.

**3212 Arbitraje electrónico**  
(L 34/2002 art.32; L 60/2003)

Su **principal particularidad** consiste en la tramitación de todas o alguna de sus fases de forma electrónica para finalizar con un laudo arbitral electrónico. Con frecuencia tendrá su origen en un convenio arbitral electrónico y por objeto controversias surgidas en el entorno *online*, pero nada impide que se sustente en un convenio arbitral tradicional -y, por tanto, celebrado fuera de línea- y que las controversias a resolver tengan su origen fuera del ámbito electrónico.

**3214 Arbitraje electrónico de consumo**  
(RDLeg 1/2007 art.57 y 58 ; RD 231/2008; L 60/2003)

El arbitraje electrónico de consumo es aquel arbitraje de consumo que **sesustancia** íntegramente por medios electrónicos -desde la solicitud hasta su terminación, incluidas las notificaciones-, aunque alguna actuación concreta puede realizarse a través de medios tradicionales. La autenticidad de la comunicación y la identidad del remitente y del órgano judicial se garantizan mediante el uso de la **firma electrónica** u otras técnicas permitidas a tal efecto. Las **notificaciones** se realizan en la sede electrónica designada por las partes y se entienden realizadas al día siguiente a aquel en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral notificada.

Cuando se acceda a su contenido en los **10 días siguientes** desde la fecha y hora en que se produjo la puesta a disposición, se tendrá por intentada sin efecto la notificación procediendo a su publicación mediante edictos en las sedes electrónicas de las juntas arbitrales de consumo.

**3316 Mediación electrónica en asuntos civiles y mercantiles**  
(L 5/2012 art.24 y disp.final 4ª ; RD 980/2013 art.30 a 38 )

Con carácter general, las partes pueden decidir que alguna o todas las actuaciones que componen una mediación se realicen por medios electrónicos, videoconferencia o medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen siempre que se garantice la identidad de los intervinientes y se respeten los principios de la mediación. Sin embargo, cuando la controversia consiste en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad, se utilizará preferentemente el **procedimiento simplificado** de mediación por medios electrónicos salvo cuando alguna de las partes no pueda emplearlos o acuerden un procedimiento distinto y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de derecho. Su **duración** máxima será de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, prorrogable por acuerdo de las partes.

Las partes, sus representantes y el mediador deben acreditar su identidad mediante un sistema de firma electrónica que garantice la identificación de los firmantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos o, en su defecto, a través de su comparecencia personal ante el mediador o la institución de mediación. Esta **acreditación** resulta necesaria para los siguientes **trámites**:



- la presentación de la solicitud de inicio;
- la contestación;
- la aportación de documentos;
- el establecimiento de comunicaciones;
- la firma de las actas; y
- el acuerdo de mediación.

Como **justificante de entrega** se emitirá una copia de los formularios y de la documentación o información presentada dejando constancia del número de registro, la fecha y hora de presentación, la identidad del mediador y, en su caso, de la institución de mediación y se indicará que el formulario o documento se ha tramitado correctamente.

### 3218 Mecanismos híbridos de resolución de controversias «on line»

La versatilidad de las nuevas tecnologías permite ofrecer, de forma conjunta, procesos de negociación y mediación si bien se suele poner más el acento en el **expediente técnico** que en la intervención del tercero. En primer lugar, suele intentarse la negociación y cuando no resulte satisfactoria se pasa a la mediación e incluso cabe la posibilidad de concluir con un arbitraje.

### 3220 Sistemas de negociación automática en línea

Se realiza electrónicamente sin contacto personal entre las partes en conflicto por lo que la comunicación entre ambas se produce a través del ordenador. Al encontrarse bastante automatizado, el proceso suele ser relativamente sencillo y, en particular, cuando se trata de reclamaciones de carácter monetario.

## E. Nuevas tecnologías como fuentes de prueba

3230 Las fuentes de prueba derivadas de las nuevas tecnologías deben acceder al proceso a través de los medios de prueba contemplados en la legislación procesal. Los documentos en **formato electrónico** siempre deben aportarse al proceso en ese formato sin que su impresión -dirigida a facilitar el conocimiento de los mismos por las partes o el juez- pueda sustituir a aquel. En consecuencia, deberá aportarse mediante el CD-ROM, memoria USB, disco duro o dispositivo en que se encuentre almacenado.

La aportación de un documento electrónico únicamente en **soporte papel** puede generar problemas en aquellos casos en los que sea impugnado por la parte contraria ya que puede considerarse su aportación posterior como extemporánea ya que debió ser aportado junto con la demanda o la contestación a la misma.

Cuando se trate de un documento electrónico entendido como aquel documento firmado electrónicamente será mediante la **prueba documental**. Cuando un documento en soporte electrónico se haya firmado mediante **firma electrónica** reconocida y se impugne su autenticidad e integridad, se deberá acreditar que reúne los requisitos necesarios para ello. En caso de haber utilizado otro tipo de firma electrónica, se podrá proponer la correspondiente prueba pericial.

La prueba pericial informática tiene un papel destacado cuando la fuente de prueba surge del ámbito de las nuevas tecnologías y también puede resultar interesante el reconocimiento judicial de la fuente de prueba electrónica.

Sin embargo, nada impide proponer además **otros medios** de prueba o, incluso, preconstituir determinados elementos de prueba que puedan contribuir, en su momento, a la prueba de los aspectos que resulten controvertidos como, por ejemplo, a través de un acta de presencia notarial con relación al documento en formato electrónico, correo electrónico, mensaje enviado o recibido a través de una aplicación de mensajería instantánea o una página *web* ( TSJ Madrid 13-3-01, EDJ 10191 ) aunque nunca sustituirá al documento en formato electrónico.

Cuando se trate de un **documento** en soporte electrónico que **no** haya sido **firmado electrónicamente** no tendrá acceso al proceso como prueba documental y será necesario hacer uso del resto de medios de prueba y, en particular, recurrir al interrogatorio de las partes o de testigos, la prueba pericial o el reconocimiento judicial enumerados en LEC art.299.1 . Los apartados 2 y 3 de este artículo se refieren a las formas de reproducción de los soportes o instrumentos informáticos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos y cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase o admite la aparición de nuevas fuentes de prueba.

En la **obtención** de la **prueba** se deberán adoptar las medidas que garanticen cuestiones como: su no alteración, la posibilidad de realizar una prueba pericial posterior o el mantenimiento de la cadena de custodia.

### 3231 Principales problemas en los distintos órdenes jurisdiccionales

Se plantean a continuación las cuestiones a debatir que surgen de la aplicación de las nuevas tecnologías en el orden social, penal y civil.

### 3232 Orden laboral: control empresarial y nuevas tecnologías

Con frecuencia, se ha debatido sobre la facultad del empresario para controlar el uso privado de un **correo electrónico** del trabajador durante la jornada laboral y si puede ser despedido por su uso indebido. Las empresas han comenzado a implantar códigos de conducta e introducir previsiones sobre la materia en los convenios colectivos para evitar que se declare vulnerado el **derecho a la intimidad** del trabajador. Con carácter general -y salvo prohibición expresa-, se autoriza un uso moderado y puntual a afectos privados del correo electrónico. En consecuencia, para que sea causa de despido la conducta del trabajo deberá ser grave de acuerdo con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes para que pueda constituir causa de despido ( TCo 241/2012 ). Más recientemente, la cuestión ha evolucionado debido a que, en ocasiones, es el propio trabajador quien aporta sus dispositivos personales y «software» al proceso productivo; cuestión que puede dificultar el control empresarial sobre ellos.

### 3234 Orden penal: delitos informáticos y medidas de investigación tecnológica

En la instrucción penal, los **mensajes de correo electrónico** pueden considerarse fuente de prueba o un ordenador puede ser objeto de prueba quedando sometido a la normativa sobre la intervención de piezas de convicción. Cuando el ordenador se halle en un domicilio para su aprehensión deben respetarse las garantías legales y constitucionales para la práctica de la entrada y registro en domicilio y otros lugares cerrados. Además, dado que puede contener información privada, el examen del contenido **disco duro** debería realizarse mediante prueba pericial con observancia del principio de contradicción y, por lo tanto, con la presencia del procesado y del abogado defensor ( RD 14-9-1882 art.333 ). Es conveniente duplicar el disco duro para salvar el original de posibles manipulaciones durante el análisis de su contenido y poder realizar, con posterioridad, una pericial contradictoria por el imputado.

La puesta en práctica de determinadas medidas de interceptación de las **comunicaciones telefónicas y telemáticas**, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos resulta, en ocasiones, una cuestión muy controvertida ( LECr art.588 bis s. ).

### 3236 Orden civil: contratación electrónica

En el orden civil será frecuente tener que aportar pruebas electrónicas al objeto de probar cuestiones de marcado carácter multidisciplinar tales como: la aceptación o revocación de una oferta, la perfección del contrato, la existencia de unas determinadas condiciones generales de la contratación, la identidad de quien celebró el contrato. Así sucede cuando, como consecuencia de la contratación electrónica, se desarrollan **relaciones comerciales** entre sujetos ubicados en países distantes entre sí de un modo relativamente sencillo que afectan a varios ordenamientos jurídicos y en las que, por tanto, resulta necesario delimitar previamente la legislación aplicable.

# PARTE IV

## Estrategia procesal y litigación

### CAPÍTULO I

# Asesoramiento, métodos alternativos de solución de conflictos y arbitraje

3500	Sección Consideraciones generales	3505
1.		
	Sección Negociación	3540
2.		
	Sección Conciliación	3610
3.		
	Sección Mediación	3625
4.		
	Sección Arbitraje	3700
5.		

### SECCIÓN I

## Consideraciones generales

**3505** Las diferencias, **disputas o controversias** son inherentes a la actividad empresarial y lo son aún más en escenarios de coyuntura económica desfavorable. Lo más eficaz que puede hacerse con ellas es removerlas cuanto antes, y del modo más eficiente. Porque una controversia abierta es, siempre, un negocio inacabado que tensiona las relaciones entre empresas y personas e impide que surjan o se materialicen nuevos proyectos, que podrían acometerse de forma conjunta y contribuir al desarrollo económico del país.

Los empresarios necesitan **sistemas de resolución de conflictos** especializados, rápidos y de calidad, que les permitan desarrollar su actividad en un entorno adecuado, en el que reine la seguridad jurídica. Hoy en día, y especialmente en los tiempos de profunda crisis económica, la rápida y eficaz resolución de los conflictos se ha convertido ya no en una ventaja competitiva para los empresarios, sino en una *conditio sine qua non* para su crecimiento e internacionalización, y, en ocasiones, incluso para su supervivencia.

A los efectos de arreglar sus diferencias, los empresarios cuentan con dos **tipos de mecanismos**:

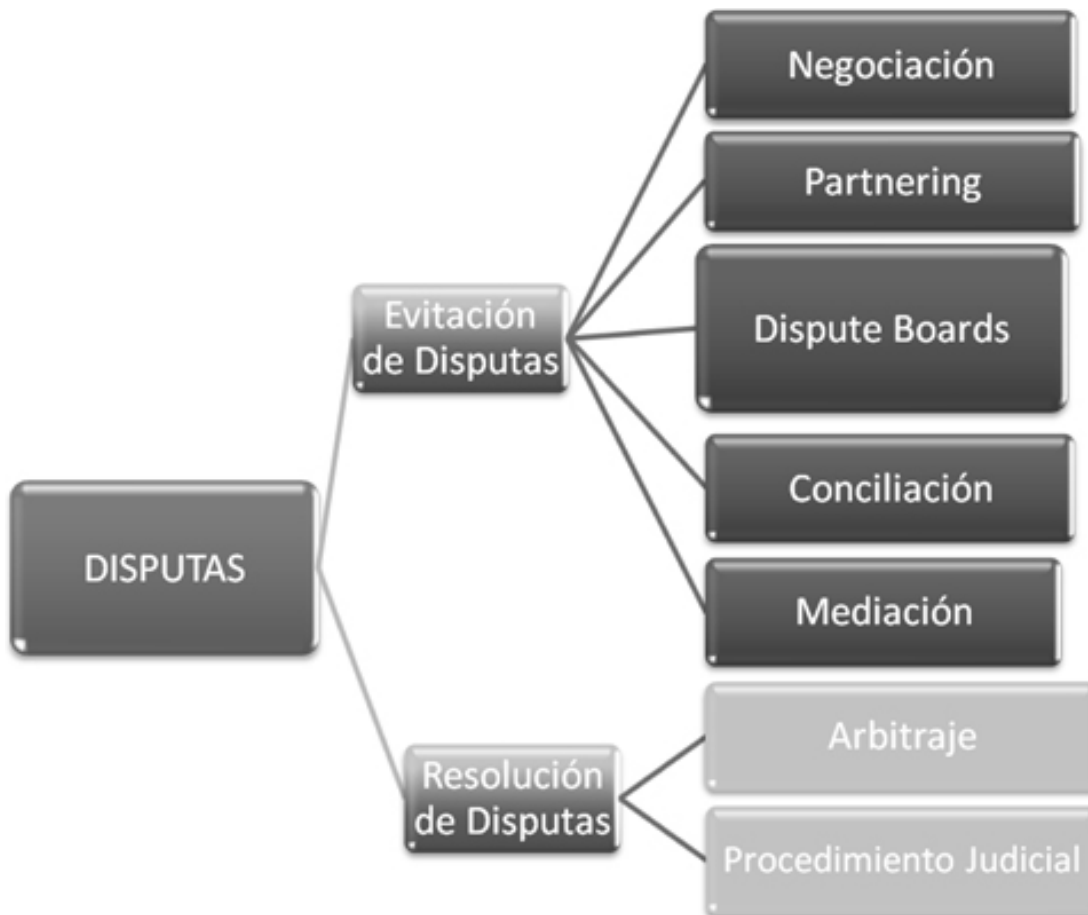
a) Los que tienen como objetivo **evitar una disputa**, siendo los más comunes:

- la negociación (nº 3540 );
- la mediación (nº 3625 ); y
- la conciliación (nº 3610 ).

También cabe mencionar los sistemas de *partnering* o los *dispute boards* que últimamente han aflorado en el seno de contratos de larga duración.

b) Los que son útiles para **resolver una disputa** ya madura y enquistada, y que requerirá de un tercero para tal fin:

- el arbitraje (nº 3700 s. ); y
- el procedimiento judicial ordinario.



### 3510 Negociación

La Negociación es un proceso mediante el cual dos o más personas, utilizando mecanismos de influencia y **sin la ayuda de un tercero**, buscan llegar a un acuerdo respecto a un asunto determinado.

Se suele entender que una negociación es un método óptimo de **evitación de disputas** si se la puede considerar como una negociación S.E.A:

- Debe desembocar en un **acuerdo sensato**, si existe una posibilidad de acuerdo, y en este sentido: - satisfacer razonablemente los intereses de ambas partes; - resolver el conflicto; y - tener en cuenta los intereses de la comunidad.
- Debe ser, además **efectiva y eficiente**.
- Debe ser **amigable** y no dañar las relaciones personales, profesionales y comerciales existentes entre las partes, facilitando que ambas partes se retiren de la mesa de negociación satisfechas, y con la sensación de haber ganado.

Precisiones

El **estudio detallado** de la negociación se realiza en nº 3540 s.

### 3512 Formas de negociación

Tradicionalmente existen dos formas de negociación:

**a) La negociación por posiciones** es el estilo más tradicional, en el que cada parte adopta una determinada posición negociadora, argumenta a su favor y se encierran dentro de ella. Está muy basado en el poder negociador que tiene cada parte y el mecanismo para alcanzar acuerdos suele implicar la fijación de un máximo y un mínimo, la adopción inicial por las partes de posturas radicales respecto de las cuales se van haciendo pequeñas **concesiones** hasta llegar al verdadero objetivo de cada parte.

Precisiones

Este tipo de negociación es cortoplacista, poniéndose el énfasis en la **ganancia inmediata** de las partes y despreciando las relaciones futuras. La negociación se suele convertir en algo personal, identificándose el ego del negociador con la posición adoptada.

El **esquema** de la negociación por posiciones es el de ganador/perdedor. Por ello el negociador duro suele imponerse al negociador blando.

Este método de negociación **no** lleva a una **negociación óptima** o **SEA** y por eso no es recomendable.

3514 **b) La negociación basada en intereses** parte de la idea de que se pueden satisfacer los intereses de ambas partes de modo que todos salgan ganando. Eso hace que se persiga encontrar salidas que posibiliten una ganancia mutua: un resultado *win-win*.

La negociación por intereses se basa en cinco **principios**:

- separa las personas de la controversia;
- se centra en los intereses, no en las posiciones;
- el resultado se basa en un criterio objetivo;
- propone la cooperación antes que el enfrentamiento; y
- fomenta la creatividad de opciones para el beneficio mutuo.

#### Precisiones

Este mecanismo de negociación fue creado por Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, Directores del *Harvard Negotiation Project*, por lo que, también, se la conoce como el «**Método Harvard de Negociación**» (nº 3562 s. ).

3515 «Partnering»

El *partnering* es un proceso formal que lleva a los participantes clave del proyecto (los conocidos como *stakeholders*) a comunicarse de forma efectiva y trabajar en equipo para definir y alcanzar objetivos mutuamente beneficiosos y que presenta la siguientes **características**:

a) Se trata de un **compromiso mutuo** de las partes para facilitar una mejor ejecución de los contratos, que se basa en la comprensión de cada uno de los interesados los estilos de comunicación, objetivos e intereses organizativos de los otros miembros del proyecto o la relación comercial.

b) Generalmente, **se utiliza** para la evitación de controversias en contratos complejos de largo plazo en el que participan una pluralidad de partes.

c) La **base** de las **relaciones** de las partes es la cooperación y una visión compartida del éxito.

d) El **proceso** se centra en el cumplimiento de metas y objetivos comunes, e incluye un acuerdo para evitar sorpresas y rápidamente resolver disputas al nivel más bajo posible. A través de este compromiso para mejorar las comunicaciones entre todas las partes interesadas, se facilita la evitación de la disputa y cuando esto no es posible esta se detecta en una fase temprana, en la que la resolución satisfactoria y amigable de la controversia es más alcanzable.

e) **Se organiza** mediante la creación de grupos de trabajo formados por todas los *stakeholders* de un determinado proyecto.

f) Generalmente, se celebrará una primera **reunión** antes del inicio de la actividad, en la que se asentarán los puntos clave para el funcionamiento del *partnering* hasta el final del proyecto. Los grupos de trabajo se reunirán al finalizar cada fase del proyecto a fin de revisar las metas y objetivos comunes y anticipar, en la medida de lo posible resolver las controversias que vayan surgiendo.

g) Reduce significativamente el **coste y tiempo** en la ejecución de proyectos, asegura la calidad con la que estos se ejecutan y facilita y en muchas ocasiones evita el surgimiento de disputas.

3517 «Dispute boards»

Los *dispute boards* son **organismos independientes** compuestos por uno o tres miembros y diseñados para ayudar a resolver las controversias que puedan surgir durante la ejecución de un contrato. Generalmente, se establecen al inicio del contrato y se mantienen activos durante la duración completa de este.

Su **finalidad** es resolver los desacuerdos que puedan surgir en el curso del contrato y hacer recomendaciones o decisiones sobre el modo de resolver las controversias, generalmente de carácter técnico que planteen cualquiera de las partes.

Al participar en el contrato desde el primer momento, son capaces de intervenir en tiempo real y proponer soluciones ante posiciones de las partes evitando el arraigo del conflicto e incluso llamar la atención de estas de que con

determinadas posiciones pueden estar dirigiéndose hacia un potencial conflicto. No son tribunales arbitrales y sus **decisiones/recomendaciones** no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales. Su existencia depende del pacto de las partes. Normalmente, su decisión no es vinculante y las partes pueden impugnar esta ante un tribunal arbitral o judicial. Carecen por tanto del efecto de cosa juzgada.

Los **tipos** de *dispute boards* más comunes son;

a) **Dispute Review Board (DRB)**: emite «**recomendaciones**» que guardan relación con la desavenencia que le ha sido planteada. Si ninguna de las partes manifiesta su desacuerdo ante una Recomendación dentro del plazo establecido, estas se comprometen contractualmente a acatarla. Si alguna parte expresa su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo establecido, puede acudir a arbitraje, si existe acuerdo para ello, o al órgano jurisdiccional competente. En tanto se emite la resolución del tribunal arbitral o del juez, las partes pueden cumplir voluntariamente la recomendación aunque no están obligadas a hacerlo.

b) **Dispute Adjudication Board (DAB)**: emite «**decisiones**» sobre la desavenencia que le ha sido planteada. En virtud del acuerdo entre las partes, la decisión deberá ser cumplida desde el momento de su recepción. Si ninguna de las partes manifiesta su desacuerdo ante una decisión, estas se comprometen a acatarla. Si alguna parte expresa su desacuerdo ante una decisión puede acudir a arbitraje o al órgano jurisdiccional competente. Las partes se comprometen contractualmente a acatar la decisión mientras una decisión contraria no haya sido dictada por el tribunal arbitral o el juez competente.

#### Precisiones

1) Los *dispute boards* se han convertido en un mecanismo de resolución de **disputas estándar** para las diferencias contractuales que se plantean en el día a día de contratos de media y larga duración. En 1995, el Banco Mundial impuso como sistema de resolución de conflictos los DAB para todos los proyectos financiados por el *International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)* y que excedieran un presupuesto de 50 millones de dólares.

2) En la actualidad el **ejemplo** de *dispute board* más eficiente es el constituido al efecto de la ampliación del Canal de Panamá.

#### 3519 Conciliación

(LJV art.139 a 148 )

La conciliación es la **comparecencia** de las partes en conflicto ante una tercera persona, que puede ser un órgano judicial o no judicial, para la solución del conflicto que las enfrenta, evitando así el pleito.

La **conciliación judicial** es la comparecencia de las partes en conflicto ante un órgano judicial para la solución del conflicto que las enfrenta, evitando así el pleito.

Se realiza ante el letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia o del juzgado de lo mercantil o ante el juez de paz competentes.

#### 3520 Mediación

La mediación es procedimiento íntegramente **voluntario, informal y confidencial**, por el que una tercera parte neutral, con formación profesional adaptada a las necesidades del conflicto, asiste a las partes con el objeto de que estas lleguen por sí mismas a un acuerdo que sea satisfactorio y mutuamente aceptado por ambas.

Cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación después de la primera reunión. En este sentido, las partes controlan siempre la mediación. La **continuación** del procedimiento depende de que estas sigan aceptándolo. En caso de surgir una controversia, si existe **pacto** entre las partes sobre que intentarán solventarla mediante una mediación con carácter previo a acudir al juez o a un árbitro, entonces el intento de mediar de buena fe si es **obligatorio** para las partes, no así el alcanzar un acuerdo.

La **confidencialidad** del procedimiento de mediación contribuye a fomentar la franqueza y la apertura en el procedimiento, garantizando a las partes que las declaraciones, propuestas u ofertas de solución no tendrán ninguna consecuencia más allá del procedimiento de mediación. Por regla general, estas no podrán utilizarse en litigios o arbitrajes ulteriores.

#### Precisiones

En la mediación las partes son las grandes protagonistas y conservan el **control sobre el procedimiento y el resultado**, tomando las decisiones sobre las condiciones del acuerdo. En rigor, la moderna mediación no es tanto un mecanismo de resolución de conflictos, como un instrumento de creación de nuevo valor, que las partes originan

con la propia negociación y que puede repartirse entre ambas. Y, para que eso sea posible, es imprescindible que en el procedimiento de mediación se involucren, de forma personal y plena, los directivos de más alto nivel y de mayor capacidad ejecutiva de las empresas en conflicto.

3522 En la mediación interviene un tercero neutral, llamado **mediador**, cuya función, al contrario de lo que sucede en el arbitraje no es la de dirimir la controversia, sino facilitar un acuerdo, asistiendo a las partes para que sean estas las que, de ser posible lo alcancen.

La mediación se regula en la L 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Persigue los siguientes **objetivos**:

- minimizar el volumen de los costes inherentes a la solución de la controversia;
- mantener el control del procedimiento de solución de la controversia;
- obtener una solución rápida;
- mantener el carácter confidencial de la controversia;
- preservar o desarrollar una relación comercial subyacente entre las partes en la controversia;
- alcanzar soluciones creativas.

Las **desventajas** más comúnmente citadas en relación con la mediación son:

- que no existe seguridad de alcanzar un acuerdo y, por ende, de no tener que finalmente acudir a un tercero para que dirima la controversia; y

- que se puede prestar al abuso de la contraparte y su actuación de mala fe, al objeto de dilatar la resolución de la controversia, ganar tiempo u obtener información durante el procedimiento de la mediación para fines espurios.

#### Precisiones

El **estudio detallado** de la mediación se realiza en nº 3625 s.

#### 3525 Arbitraje

El arbitraje es un método de **resolución de disputas** alternativo a la Administración de Justicia ordinaria. Se trata de un **procedimiento privado e informal**, por el que las partes acuerdan someter una determinada disputa a una o varias personas imparciales (árbitros) a las que autorizan para que resuelvan la controversia mediante una decisión definitiva y obligatoria, que se denomina laudo.

Arbitraje y mediación son similares en que ambos representan sistemas alternativos de resolución de disputas. Tanto en el arbitraje como en la mediación interviene un **tercero neutral**, pero en el caso del arbitraje este actúa como juez, mientras que en la mediación se limita a ser facilitador. Por otro lado, mientras que el arbitraje siempre es **vinculante** para las partes, y finaliza con una decisión final que decide la controversia, la mediación solo es vinculante si se llega a un acuerdo.

El **procedimiento arbitral** guarda más similitud con el procedimiento judicial que con el procedimiento de mediación. En este sentido, la mediación y el arbitraje no son mutuamente excluyentes. Es posible y habitual que las partes pacten intentar solucionar sus disputas mediante mediación y en de que esta subsistan acudir a un arbitraje para dirimir las de forma definitiva.

#### Precisiones

El estudio del arbitraje se realiza en nº 3700 s. y, para un estudio más **detalhado**, nº 10750 s. Memento Procesal Civil 2018.

3527 El arbitraje es el sistema ADR (*Alternative Dispute Resolution*) más empleado por las empresas, tanto en su esfera nacional como internacional.

Las **ventajas** del arbitraje pueden resumirse en las siguientes:

- **Neutralidad**: cuando un contrato presenta elementos internacionales (porque las partes son de distintos países, por ejemplo), someter la resolución de cualesquiera disputas contractuales a arbitraje, evita otorgar ventaja a la parte que actúa ante sus propios tribunales, que conoce y que le suelen favorecer.
- **Idoneidad de los árbitros**: posibilidad de elegir a los árbitros en consideración a su conocimiento y experiencia en la materia objeto de disputa.
- **Flexibilidad**: el arbitraje permite a las partes diseñar el proceso que mejor se adapte a sus necesidades y a las circunstancias específicas de la disputa, lo que permite controlar los costes y la duración del mismo. Las partes son libres de escoger el lugar, las reglas sustantivas y adjetivas aplicables y el idioma del arbitraje.

- **Rapidez:** las estadísticas muestran que el arbitraje es significativamente más rápido que los procedimientos judiciales. Además, la decisión de los árbitros es inapelable, pudiendo impugnarse solo por motivos formales muy tasados.
- **Eficacia** en la tramitación del procedimiento: el arbitraje institucional es más ágil que el pleito en sede judicial, ocupándose la institución de evitar tiempos muertos y el estancamiento del procedimiento. La comunicación con la corte de arbitraje es significativamente más fluida que con un juzgado.
- **Mayor garantía** que el proceso judicial: el procedimiento arbitral goza de la misma fuerza que un proceso judicial. El laudo arbitral tiene la misma eficacia que una sentencia del Tribunal Supremo y, además, los laudos extranjeros son más fácilmente ejecutables que las sentencias y en más países ya que están protegidos por el Convenio Nueva York 1958.
- **Confidencialidad:** los procedimientos arbitrales son confidenciales. Ello permite que las partes de un arbitraje mantengan sus diferencias en secreto y salvaguarden su imagen, con la seguridad de que sus secretos industriales, información confidencial, registros corporativos, planes de inversión y demás información sensible para su negocio no sea difundida.
- **Fomento del diálogo** y evitación de la ruptura profesional entre empresas: el arbitraje institucional resulta menos agresivo que el litigio judicial, lo que favorece que las partes conserven el diálogo y las relaciones profesionales una vez resuelta la disputa, y en muchas ocasiones, facilita el acuerdo.

#### Precisiones

En lo que se refiere a la **rapidez**, por ejemplo el 75% de los laudos que emitió la Corte de Madrid en 2015 fueron dictados en menos de un año, lo que contrasta con la duración media de los pleitos ante los juzgados, que ronda los 6 años, si un caso llega al Tribunal Supremo.

3529 Las **desventajas** del arbitraje pueden resumirse del siguiente modo:

- Las órdenes emitidas por un tribunal arbitral **no vinculan a terceros**. La cláusula arbitral solo vincula a quien la firmó, no siendo posible traer a un procedimiento a terceros firmantes de dicha cláusula, a los que, con respecto a la misma disputa, deberá demandarse ante los tribunales ordinarios.
- Si no se cumple voluntariamente, la **ejecución** del laudo arbitral debe ser solicitada ante los tribunales ordinarios.
- El arbitraje no crea **precedente**.
- **Coste**. Como justicia privada, el arbitraje está sometido a un coste, que básicamente comprende los honorarios del árbitro y, en caso de optar por arbitraje institucionales, los derechos de admisión y administración de la Corte. Ello puede convertirse en una desventaja, especialmente en reclamaciones de poca cuantía.

## SECCIÓN 2

# Negociación

3540	1. Aspectos generales	3545
	2. Tipos de negociación	3550
	3. Criterios para elegir el tipo de negociación más apropiado	3555
	4. Metodología	3560
	5. Desarrollo de una negociación	3575
	6. Negociador	3600

3542 La negociación es un proceso dinámico en el que dos o más partes tratan de **resolver sus diferencias e intereses** en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción de intereses. Estas diferencias deben ser resueltas por las partes aprovechando los distintos recursos que cada una de ellas asigna a la toma de decisiones.

Las partes cuentan, por un lado, con sus propios recursos, pero necesitan los recursos de la otra parte, y están dispuestos a intercambiarse entre sí estos recursos. Además, ambas partes reconocen que el acuerdo es más beneficioso que la ruptura de las relaciones y están dispuestos a «ceder algo a cambio de algo».

### 1. Aspectos generales

3545 Este sistema de resolución de conflictos es **voluntario, informal, directo** y permite a las partes tener control sobre el proceso y la solución (sin ayuda o facilitación de terceros). El deseo de las partes de llegar a un acuerdo es una condición imprescindible para el desarrollo del proceso de negociación.



Si bien la negociación ha sido comúnmente calificada como un enfrentamiento entre las partes, la tendencia actual califica a la negociación como un proceso en el que predomina el trabajo en equipo, denominándola «**negociación cooperativa**». En otras palabras, se ha redefinido la negociación, calificando el conflicto como un **problema común** de las partes que estas solucionarán trabajando en equipo (resultado *win-win*).

Es frecuente que las partes o, al menos, una de ellas, intente llegar a un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el **primer sistema de resolución de conflictos** al que acuden las partes. Incluso, iniciado el proceso judicial o el arbitral, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver de forma más rápida y económica el litigio, utilizando por ejemplo, los mecanismos de **suspensión del proceso** judicial o los sistemas de terminación anticipada en el proceso arbitral ( L 60/2003 art.38 ).

En la negociación intervienen solo las partes, aunque es posible la **intervención de un tercero** al que se solicite una opinión experta sobre algún tema -opinión que nunca es vinculante- para orientar la resolución del conflicto. También es posible que por las partes negocien sus abogados o apoderados como **representantes** de aquellas.

Si la negociación prospera, y se llega a un acuerdo, se habrá producido una **transacción**, que es un contrato entre partes ( CC art.1809 s. )

### 3547 Características

Deben destacarse las siguientes:

**1. La confrontación entre protagonistas.** La negociación se presenta como una actividad de cambio, un encuentro promovido por las partes. Estos protagonistas pueden representar sus propios intereses o bien defender los intereses de un grupo.

**2. La noción de divergencia.** El encuentro entre las partes es un proceso voluntario diseñado para resolver las divergencias. La naturaleza voluntaria del mismo implica que las partes pueden elegir incorporarse o no al proceso para dirimir las divergencias y aceptar cualquier resultado del mismo.

Siempre existe la posibilidad de no ponerse de acuerdo, aunque en ocasiones ello implique grandes pérdidas para ambas partes. Precisamente para evitarlas se promueve el encuentro, porque los protagonistas dependen de una decisión que les implica, la cual, *a priori* no está tomada cuando están deliberando. Ello se debe a que existe una distancia de puntos de vista en cuanto a esta decisión que les concierne.

**3. Relaciones de motivación mixta.** En la dinámica de la negociación se encuentran implicados los conceptos de **divergencia y cooperación**.

El esfuerzo por resolver las divergencias y lograr una decisión sobre la distribución de los recursos entre las partes implica embarcarse en una relación social en la que se dan conjuntamente intereses comunes y divergentes, donde las partes se hayan simultáneamente confrontadas con incentivos para cooperar e incentivos para competir.

Mediante la negociación, las partes resuelven el dilema competición-cooperación, manteniendo o mejorando sus posiciones y protegiéndose así mismo de otros grupos o individuos. Consiguen de este modo mantener el conflicto dentro de los límites aceptables, la negociación en este sentido no es un debate, es una conversación sin orden.

**3549 4. La relación de interdependencia.** La negociación surge a partir de dos circunstancias: la escasez de recursos que origina la competición entre aquellos que necesitan los mismos recursos de un lado y del otro una asignación desigual de los mismo que crea la necesidad de intercambiar entre las partes los diferentes recursos que necesitan cada uno.

**5. Proceso implicado en dos parámetros antagónicos.** La negociación se instituye, por un lado, en la existencia de la cooperación, en aras de la supervivencia del sistema; de otro lado, en la maximización de los objetivos e intereses de cada parte.

Este deseo individual de maximizar los intereses y el deseo colectivo de lograr una solución equitativa, aspecto cooperativo, implica una conflictividad de los parámetros implicados.

## 2. Tipos de negociación

---

**3550** Todos los tipos de negociación tienen una cosa en común que es lo que hace necesaria la negociación: las partes implicadas tienen diferentes grados de poder, pero nunca un poder absoluto sobre la otra parte. Nos vemos obligados a negociar porque no tenemos el control total de los acontecimientos.

Dentro de la negociación de conflictos se encuentran unos **estilos básicos** de negociación, los basados en las posiciones y los basados en los intereses:

- La forma más común de negociar es la que denominaríamos **negociación por posiciones**. En ella, cada parte toma una posición sobre el tema tratado -consistente, por ejemplo, en estimar un precio para la compraventa de un determinado bien o presentar la solución a un determinado conflicto- y trata de convencer al

otro para que acepte su propuesta. Para lograr esta aceptación, los negociadores argumentarán y discutirán la bondad de cada una de sus soluciones particulares y los inconvenientes de la propuesta por la parte contraria, haciendo **concesiones recíprocas**, y tratando con ello de alcanzar un acuerdo.

- En la **negociación fundamentada en intereses** la meta fundamental es llegar a descubrir las razones que llevan a los negociadores a estar sentados a la mesa de negociación, es decir, a conocer los intereses reales de los negociadores. La satisfacción de estos intereses se convierte en el objetivo de los negociadores. Las partes se involucran en un esfuerzo de cooperación para afrontar conjuntamente las necesidades de cada una y satisfacer sus mutuos intereses. Tras haber identificado sus intereses, los **negociadores** buscan conjuntamente una variedad de alternativas que pudieran satisfacer sus **intereses mutuos**. En vez de desgastarse argumentando en favor de una posición única, las partes seleccionan una solución entre una serie de acciones que han construido durante el proceso de negociación, aunando esfuerzos para lograr la decisión más acertada y beneficiosa para todos. Un enfoque de solución conjunta, es mucho más que un compromiso que tiene obligatoriedad jurídica, es un compromiso con el propio esfuerzo.

3552 Ninguno de los dos extremos es del todo bueno. La **correcta elección** del estilo negociador solo depende de la naturaleza de la negociación de que se trate y, en consecuencia, la idoneidad de mantener un estilo competitivo o colaborativo vendrá definido por ella. Por ejemplo, no será lo mismo negociar la venta de una vez -y sin posibilidad de relación posterior- de un único artículo a una persona desconocida, que negociar un acuerdo de suministro por varios años de una complicada maquinaria a un cliente habitual.

En el primero de los ejemplos el acuerdo puede resolverse de una manera **simple**: tal precio, apretón de manos, intercambio de artículo por dinero... y «si te he visto no me acuerdo».

En el segundo de los casos la posibilidad de acuerdo no será tan fácil, pues a la vista de la naturaleza de la negociación, ya se aprecia que la obtención del acuerdo será bastante más **compleja**. Aquí no se tratará solo de determinar un precio, también influirá el plazo de entrega, las garantías, las condiciones de pago, el servicio de postventa, el mantenimiento y el apoyo al usuario, quizás la formación, el conocimiento y la experiencia previa que tengan entre sí los negociadores... y, lo que es más importante, el riesgo en el que ambas partes incurren en caso de no poder culminar el acuerdo: puede perder tanto el cliente, si a mitad del proyecto el proveedor le falla, como el proveedor si, después de grandes desembolsos, le es anulado el contrato.

En el primero de los casos está claro que se podrá actuar de una **manera competitiva**. Es más, hacerlo de manera colaborativa sería posible, pero ciertamente innecesario: una vez cerrado el trato y culminada la transacción, ninguna de las partes tendrán posibilidad de deshacer el acuerdo y hasta es posible que nunca más vuelvan a verse. En consecuencia, haber establecido una buena relación con el otro habrá servido de poco si ello no ha servido para obtener futuras ganancias.

### 3. Criterios para elegir el tipo de negociación más apropiado

---

#### 3555 Negociación simple y a corto plazo o negociación compleja y a largo

Entendemos por **negociación simple** aquella en la que la discusión gira sobre una única variable -p.e. el precio-.

Por el contrario, **negociación compleja** será aquella en la que la consecución del acuerdo depende de un gran número de variables: precio, plazo, garantías, etc.

#### 3557 Necesidad de llegar a un acuerdo

En ocasiones, ya antes incluso de empezar a negociar, vemos la necesidad de tener que alcanzar el acuerdo, bien sea porque la otra parte tiene una **posición monopolística** sobre el tema tratado y la única alternativa posible ha de contar con su aceptación, bien sea porque entendemos que cualquier **solución negociada** es preferible para evitar males mayores. En el mundo empresarial son ciertamente escasas las ocasiones en las que alcanzar el acuerdo se convierte en una cuestión obligatoria para una de las partes, pero hemos de reconocer que tales situaciones, aunque infrecuentes, se dan.

El que en estas circunstancias el acuerdo en sí se convierta en un objetivo de la negociación nos predispone a ceder y a contemplar los intereses de la otra parte. Puede que incluso estemos dispuestos a aceptar pérdidas con tal de llegar a un acuerdo, característica de la **negociación colaborativa**. Por tanto, en ella deberá recaer nuestra elección del estilo negociador.

#### 3559 Posición dominante

En el caso opuesto al anterior, si tenemos una situación dominante respecto al otro -p.e. refiriéndonos al caso comentado en el criterio anterior, por estar en una posición monopolística-, podremos elegir un **planteamiento negociador competitivo**.

No obstante, pese a la obviedad del caso, sería conveniente hacerse la pregunta de si se podrá **hacer cumplir** el acuerdo antes de decidirse a tomar la elección final. Por tanto, cuando tengamos una situación dominante podemos aplicar un estilo competitivo, pero con las suficientes cautelas para no frustrar el cumplimiento del acuerdo.

#### 4. Metodología

---

**3560** Dentro del concierto de sistemas alternativos de resolución de conflictos, la negociación es el más variado y desestructurado. No tiene más **reglas** que las mínimas pautas que, de acuerdo a los usos y costumbres, imponga el contexto en el que se desarrolla. Más allá de eso, no hay un proceso al que los sujetos deban atenerse, ni formalismos extremos como los que imponen otros métodos. Por eso llamamos negociación a una **diversidad de prácticas** a través de las cuales los sujetos, en forma personal o por medio de representantes, intentan obtener aquello que persiguen a través del intercambio directo con la otra parte, cuya participación y aceptación necesitan.

No obstante la ausencia de pautas, se han observado ciertos **patrones repetitivos** en las negociaciones, lo que alentó la investigación, con el objeto de analizar sus debilidades e intentar algún tipo de sistematización que permita negociaciones más eficaces.

Es evidente que negociar con método aporta un marco que, por una parte, hace más eficiente la tarea orientada a resultados y, por otra, optimiza las posibilidades de conocimiento mutuo, de creación de valor y de crecimiento ético y personal en la mesa de negociación.

#### **3562** Método Harvard de negociación

Un grupo de profesores de la Universidad de Harvard diseñó un método que enseña los **7 aspectos básicos** que se deben tener en cuenta para enfrentar situaciones en las cuales se necesite llegar a acuerdos sin perdedores. Estos profesores establecieron siete elementos del proceso, que intervienen y se relacionan entre sí, que proporcionan un marco analítico y conceptual importante para la obtención de acuerdos (gana-gana, objetivo principal de este método): alternativas, intereses, opciones, criterios legítimos, relación, comunicación y compromiso.

#### Precisiones

Esta metodología ha sido diseñada por los profesores Roger Fisher, Bruce Patton y William Ury en 1980 (Fisher, Ury & Patton: *Obtenga el SI, el arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000, 1996).

#### **3563** Alternativas al no acuerdo

No todas las negociaciones terminan con un acuerdo. O bien se llega al acuerdo precipitados a causa de la presión que ejerce la otra parte: «Tómalo o déjalo».

Debemos tener bien preparado lo que suceda si «lo dejo». ¿Cuáles son mis alternativas y las de ellos?

#### **3564** Intereses y posiciones

El Interés es todo aquello que no podemos intercambiar con las otras partes. Y las posiciones son la actitud que tenemos acerca del tema a negociar.

Un ejemplo sería: cuando queremos comprar algo determinado pero estamos discutiendo el precio, de repente nos ofrecen otro a un menor precio pero también a menor calidad, así que el dilema es escoger entre unos de los dos materiales.

Es fácil confundir los objetivos a los temas de la negociación con los intereses.

#### **3565** Opciones

Identificar toda la gama de posibilidades en que las partes pudieran llegar a un acuerdo y satisfacer sus intereses.

Un acuerdo es mejor si se incorpora la mejor de muchas opciones. Los **puntos básicos** para generar opciones son:

- conocer muy bien los procesos de crear valor y reclamar valor;
- separar el proceso de inventar y generar ideas del de decisión: realizar sesiones de «lluvia de ideas» con los equipos de negociación de ambas partes;
- los mejores valores están en las diferencias.

#### **3567** Criterios

Los criterios tienen que delinearse perfectamente para que el acuerdo al que se va a llegar se haga de forma prudente y justa para ambas partes.

Es importante para nosotros que la otra parte tenga la sensación de habernos «ganado», aunque ello no sea cierto y nosotros hayamos conseguido nuestros objetivos. Este ejercicio ayudará además a descubrir nuevos intereses y opciones útiles a la negociación.

### 3568 Relación

Las negociaciones más importantes se hacen con las personas o instituciones con las cuales hemos negociado antes y negociaremos de nuevo.

Para una buena relación no es conveniente mezclar problemas de relación personal con problemas esenciales de la negociación.

### 3569 Comunicación

La **forma** que se utiliza para comunicar tiene un impacto crítico en el resultado de la negociación, especialmente cuando las dos partes no se conocen, el beneficio puede ser mucho mayor para ambos cuando se negocia cara a cara porque solo de esta forma es posible compartir información vital.

Si el volumen de las transacciones a realizar es importante, vale la pena ir a conocer personalmente a la persona con la que luego deberemos negociar por teléfono o e-mail. Se ha comprobado que si ambas partes tienen en común un **conocimiento personal** positivo, entonces el método de comunicación (teléfono, e-mail, etc.) debe tener importancia para el buen resultado. Al contrario, si los **negociadores** no se conocen o son **extraños**, el medio se convierte en crítico y marca la diferencia.

La confianza y la aportación se establecen mucho más fácilmente cuando las partes se conocen.

### 3570 Compromisos

Los compromisos son planteamientos verbales o escritos que especifican lo que una parte hará o no hará. Podríamos llamarlos el «borrador del contrato».

Pueden hacerse en el curso de una negociación.

En general, un acuerdo será mejor en la medida en que las promesas hayan tenido: planteamiento, estructuración y hayan sido diseñadas para que se conviertan en acuerdos duraderos, de fácil comprensión y verificables.

## 5. Desarrollo de una negociación

---

3575	a. Espacio continuo de negociación	3576
	b. Fases	3580

### a. Espacio continuo de negociación

3576 La idea de acercamiento entre dos partes implica la de **existencia de una distancia** entre ellas, y estos términos corresponden al lenguaje habitual de la negociación.

Negociar significa moverse. Nos movemos de nuestra **posición más favorable** hasta llegar a un punto aceptable para ambas partes. Nuestro opositor hace exactamente lo mismo. La capacidad y habilidad de los negociadores de cada una de las partes son las que deciden la localización de este **punto de acuerdo** y la distancia que tenemos que recorrer para llegar a él.

Por ello, cada parte debe desplazarse hacia la posición de su opositor. Este desplazamiento tiene un límite, se le suele denominar **punto de ruptura**, que de superarse haría que las partes prefirieran romper la negociación a aceptar un acuerdo.

El **intervalo de acuerdo** que se ofrece al negociador está situado entre el punto más favorable y el límite. En la mayor parte de negociaciones estos dos segmentos se solapan. En el intervalo en el que se solapan, existe posibilidad de acuerdo. A ese campo o área se le llama **zona común o de intercambio**.

Puede existir un acuerdo en cualquier punto de ese campo. La situación concreta de tal punto dependerá del **poder relativo** de las partes y de su habilidad para negociar.

3577 El intervalo que separa el punto más favorable del límite puede ser grande o pequeño. Cuando los negociadores hablan de su **margen de maniobra**, están refiriéndose a la distancia que separa ambos puntos.

En algunas negociaciones puede ocurrir que **no exista zona común**, por lo que en dichas circunstancias las negociaciones quedan estancadas, salvo que una o ambas partes recurran a una postura de fuerza con el fin de convencer a la otra parte para que reajuste su límite.

También puede ocurrir que haya que modificar la posición más favorable y el límite establecidos durante la preparación de la negociación porque surjan **nuevos datos o circunstancias** una vez iniciadas las negociaciones.

El **proceso de negociación** trata, en primer lugar, de llegar al campo de intercambio o zona común y, una vez en él, encontrar un acuerdo.

## b. Fases

3580 Básicamente, puede hablarse de las siguientes fases:

1. Preparación (nº 3582 ).
2. Intercambio o interacción (nº 3592 ).
3. Finalización (nº 3595 ).

Antes de su exposición más detallada, exponemos sus líneas principales en el siguiente **esquema**:

<b>Fase de preparación</b>	
Tiene lugar	Previamente a reunirse con la otra parte
Función	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Clarificar objetivos:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- lo que queremos conseguir, cómo conseguirlo y por qué;</li> <li>- objetivos realistas.</li> </ul> </li> <li>• Orden de prioridades.</li> <li>• Margen de negociación:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- cuestiones en las que estaríamos dispuestos a ceder;</li> <li>- cuestiones innegociables.</li> </ul> </li> <li>• Intentar establecer los objetivos de la otra parte.</li> </ul>
Preguntas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Cómo es nuestro interlocutor?</li> <li>• ¿Que podemos intercambiar?</li> <li>• ¿Cuáles son sus posiciones e intereses?</li> <li>• ¿Qué opciones nos puede plantear?</li> <li>• ¿Qué concesiones podemos hacer que sean importantes para la otra parte?</li> <li>• ¿Qué consecuencias tendría para él aceptar mis propuestas?</li> <li>• ¿Qué consecuencias tendría para mí aceptar sus propuestas?</li> <li>• ¿Puedo cambiar mi propuesta en algunos aspectos para hacerla mas atractiva para él?</li> </ul>
Otras tareas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Información de todo lo que pueda ser útil a la hora de negociar (p.e. implicaciones legales).</li> <li>• Preparar y llevar documentación, esquemas, etc. para tener a mano cualquier información que pueda resultar útil.</li> <li>• Hacer un guión que incluya la actitud que se quiere mantener, las preguntas a hacer, soluciones que se proponen, explicación de cómo se ve el problema: agenda de negociación.</li> <li>• Analizar si se está adoptando una actitud positiva ante el conflicto.</li> <li>• Examinar el lugar donde se va a llevar a cabo la negociación.</li> <li>• Cuidar como situarse para hablar. Si es posible no una persona enfrente de la otra: mejor mesa redonda.</li> </ul>
<b>Fase de intercambio o interacción</b>	
Función	Negociación propiamente dicha
Tener en cuenta	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mostrar una actitud positiva desde el principio.</li> <li>• Exponer el problema tal como es visto por ambas partes y hacer las primeras propuestas para solucionarlo.</li> <li>• Facilitar la comunicación:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- escuchar más y hablar menos;</li> <li>- tratar con respeto y seriedad;</li> <li>- no interrumpir, atacar, acusar ni amenazar;</li> <li>- no rechazar de primeras las propuestas;</li> <li>- hacer preguntas y destacar puntos de interés;</li> <li>- fijarse en el lenguaje corporal.</li> </ul> </li> <li>• Exponer asertivamente como se ve el conflicto y plantear la propuesta para solucionarlo:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- se aconseja ser honesto pero no mostrar todas las cartas;</li> <li>- conviene basar la propuesta en algún criterio objetivo;</li> <li>- tener en cuenta los factores que facilitan o dificultan el dialogo;</li> </ul> </li> </ul>

- recordar al otro, siempre que proceda, las ventajas que puede conseguir;
- poner de relieve las cosas que se tienen en común.
- Analizar las propuestas iniciales de cada una de las partes e ir planteando acercamientos, hasta llegar a un acuerdo satisfactorio para ambos.
- Para ir acercando posiciones se puede:
  - hacer un esquema de las necesidades de cada uno;
  - considerar las diferentes opciones, analizando ventajas e inconvenientes.

**Fase de finalización**

Función	Concretar el acuerdo y documentarlo
---------	-------------------------------------

**3582 Preparación de la negociación**

La preparación de la negociación resulta la clave del éxito para la consecución de los objetivos. La **habilidad de las negociaciones** reside, precisamente, no en tener ideas brillantes y hacer propuestas desconcertantes e inesperadas en la mesa de negociación, sino en llevar todo el proceso bien **preparado y previsto** desde el principio hasta el final, sin dejar ningún aspecto al azar. Si estamos pensando sobre la marcha los argumentos para defender nuestros intereses, incurriremos en un grave error, ya que no podremos escuchar activamente a la otra parte y averiguar así sus preferencias, intereses, puntos fuertes y débiles.

El **factor decisivo** en la preparación es la relación de fuerzas existentes entre nosotros y nuestro opositor a la hora de negociar los temas en conflicto. En términos generales, cuanto más fuerte sea nuestra posición, más poder tengamos, menor tiene que ser nuestro margen de negociación.

En la fase de preparación se debe definir qué es lo que se pretende conseguir y cómo conseguirlo. Para ello nos será útil dividir la preparación en un cierto número de **temas clave**:

**3584 Establecimiento de objetivos**

El tema prioritario de la preparación es establecer los objetivos. La preparación conlleva la asignación de un **orden de prioridad** a los propios objetivos y el cuestionamiento de su realismo.

También debe de pensarse en cuáles serán los **objetivos de la otra parte** y el orden de preferencia que habrán establecido para ellos. Durante las negociaciones suelen ser difícil determinar ese orden. Es muy fácil que nuestro opositor haga un esfuerzo considerable tratando de ocultar que tiene unas preferencias y de convencernos de que todo lo que pide tiene la misma importancia.

Podemos hablar de tres **tipos de objetivos**:

- los que nos gustaría conseguir;
- aquellos que pretendemos conseguir; y
- aquellos que necesariamente tenemos que conseguir.

Nuestro **objetivo general** es obtener la mayor parte posible de nuestros objetivos quedándose tan cerca como podamos de nuestra posición más favorable.

La exigencia de un **intervalo** entre nuestra posición más favorable y nuestro límite, significa que algunos de nuestros objetivos son menos importantes que otros.

Por otra parte, y dado que en una negociación no siempre logramos alcanzar todos nuestros objetivos, es necesario establecer una serie de **prioridades**. Así, una vez identificados los objetivos de menor importancia estamos en situación de concretar aquellos objetivos que, en situación normal, esperamos conseguir. Estos son los objetivos que pretendemos.

Por último, podemos identificar aquellos **objetivos imprescindibles** que tenemos que conseguir, ya que sin ellos sería preferible no llegar a un acuerdo.

**3585 Mejor alternativa a un acuerdo negociado**

Antes de iniciar una negociación importante tenemos que determinar cuál es nuestra mejor alternativa a un acuerdo negociado.

Esto es esencial, ya que nuestra mejor alternativa a un acuerdo negociado determinará cual es el **valor mínimo aceptable** para nosotros en una negociación, es decir nuestro límite. Con nuestra mejor alternativa en mente podemos evaluar de forma racional el mayor precio que estamos dispuestos a pagar o lo mínimo que estamos dispuestos a aceptar.

Cuando tenemos **más de una alternativa** de negociación, estamos en mejores condiciones para correr el riesgo de perder la primera por requerir que la otra parte haga alguna concesión.

### 3587 Información

El establecimiento de nuestros objetivos y los de la otra parte exige un volumen considerable de información. Ahora bien, parte de esta información que es conocida de antemano son **hipótesis** (pronósticos probables) que habrá que contrastar y corregir durante las primeras etapas de la negociación.

Así, la **falta de información** o la falta de certeza en la información que poseemos de la otra parte es lo que crea la necesidad de negociar. Si una parte tuviera conocimiento de todos los hechos, partiría de la posición límite del oponente y rechazaría cualquier cambio. Por tanto, cuanto más información se pueda recoger sobre la otra parte (situación actual, estilo de negociar, personalidad, motivaciones,...), tanto mejor será el acuerdo al que se llegue.

Por otra parte, es importante analizar la información **que estamos dispuestos a dar** a la otra parte y el momento y forma de hacerlo, ya que, la mejor de las informaciones otorga a la persona que la posee el mayor poder en una negociación.

### 3589 Estrategia

Es necesario proyectar adecuadamente la estrategia a seguir durante la negociación en la **etapa de preparación**: ¿en qué momento se dará cierta información?, ¿qué tipo de información no debe ser desvelada?, ¿qué argumentos utilizaremos y cómo los presentaremos?, ¿qué argumentos creemos que utilizará la otra parte y cómo los vamos a rebatir?, ¿qué tácticas de negociación podremos utilizar?, ¿nos interesa proponer nosotros primero o forzar a que sea la otra parte la que haga la primera propuesta?, etc.

Ahora bien, una estrategia **no** debe resultar **excesivamente rígida**, sino capaz de reaccionar ante los hechos surgidos en el curso de la negociación.

### 3590 Actitud y comportamiento durante la negociación

En los **momentos iniciales** cada una de las partes da las razones por las que cree necesaria una cosa, o trata de demostrar, razonando que algo es cierto. Las partes discuten estas conclusiones y tratan de persuadirse mutuamente razonando.

La etapa inicial de discusión no es un obstáculo, sino una oportunidad. Puede proporcionarnos **acceso a todo tipo de información** sobre los objetivos, compromisos e intenciones de nuestro opositor a través de una fuente de inapreciable valor: él mismo. La discusión nos permite explorar los temas que nos separan de nuestro opositor, sus actitudes, intereses e inhibiciones. Nos ofrece una buena oportunidad de contrastar las hipótesis que hicimos de la otra parte durante la preparación.

Además, si nosotros conocemos una serie de datos sobre su postura que la otra parte no sabe que conocemos, podemos poner también a prueba su franqueza.

A fin de mejorar nuestro comportamiento durante la negociación, deberemos llevar a cabo las siguientes **conductas**:

- escuchar más y hablar menos;
- realizar preguntas positivas que animen a nuestro opositor a explicar y razonar su postura;
- resumir neutralmente los temas tratados;
- no comprometernos con sus posiciones y explicaciones;
- contrastar la firmeza de sus posiciones, averiguar sus prioridades;
- obtener y dar información.

En los momentos iniciales no habrá avance alguno si las partes no indican su **predisposición a negociar** algo diferente de lo que ambas ofrecen. Es fundamental, conocer la **posición más favorable** de la otra parte y explicarle cual es la nuestra, ya que si no la conoce, difícilmente se podrá acercar a ella.

Una negociación no debe ser un debate. El **objetivo del negociador** no debería ser tomar una posición y defenderla a toda costa, intentando mostrar que tiene razón, sino influir sobre el adversario, persuadirlo y convencerlo.

### 3592 Intercambio. Propuestas y concesiones

Antes o después los negociadores tienen que **discutir sus propuestas**. En el contexto de la negociación una **propuesta** es una oferta o una petición diferente de la posición inicial.

Las negociaciones siempre empiezan con un **tema**, pero no necesariamente con dos propuestas alternativas. El tema puede ser una petición de elevación «considerable» de los salarios o la solicitud de renovación de un contrato, pero no es necesario que se sepa desde un principio lo que significa concretamente «considerable» ni cuales son las condiciones del nuevo contrato.

Las **propuestas iniciales** surgen de la fase de la discusión y constituyen la respuesta estudiada de un negociador a lo que ha aprendido de su opositor a través de la discusión y de las señales de este.

Es útil y aconsejable que nuestras propuestas iniciales se presenten como **propuestas condicionales** con el fin de no tener problemas posteriores a la hora del intercambio, en el que necesitaremos todo el margen de maniobra disponible.

### 3594 Presentación de propuestas

La **forma** de mejorar la presentación de una propuesta está en separar esta de las explicaciones y justificaciones que contiene. Se expone el contenido de la propuesta y se explica y justifica ese contenido.

Una vez presentada la propuesta se entra en una **posición dominante** de la negociación. La primera propuesta condicional, pero realista, es la que pone los cimientos del acuerdo final y además quita iniciativa a la otra parte y fuerza el ritmo.

La mejor forma de presentar nuestras propuestas es empezar siempre por las **condiciones**: pongámoslas claramente por delante. A continuación, digamos a la otra parte lo que le daremos si acepta lo que hemos presentado como condición.

A la hora de presentar nuestras **propuestas de intercambio**, tanto nuestras condiciones como nuestra oferta deben ser **concretas**: decimos a la otra parte lo que ella tiene que hacer para conseguir que nosotros hagamos algo a su favor.

En la negociación es esencial mantener todos los **temas enlazados** hasta la fase de intercambio. Cuanto mayor sea el número de temas con los que se puede negociar en la fase de intercambio, más fuerte será esa posición.

### 3595 Cierre y acuerdo

Para concluir una negociación no es necesario que ambas partes estén en sus respectivas posiciones límite. La **decisión de cerrar** la fase de intercambios es una cuestión de criterios. Si estamos en nuestra posición límite, tendremos un gran interés en cerrar. Cualquier prórroga del intercambio provocará unas concesiones que exceden de nuestros límites. Lo más probable es que cerremos cuando estamos cercanos a nuestro límite, pero esto no significa que, cuando cerremos, estemos realmente en nuestra posición límite.

Presentaremos el cierre de tal forma que la **no aceptación** del mismo, en términos más o menos similares a los ofrecidos, debe llevarnos a preferir un «no acuerdo». Si no estamos decididos a aceptar el «no acuerdo», porque tenemos todavía un amplio margen, y solo estamos de hecho «haciendo una prueba», plantear el cierre es peligroso.

Existen diversos **tipos de cierre**:

- a) El cierre **con concesión** es la forma de cierre más frecuente en las negociaciones. Equivale a terminar la fase de intercambio ofreciendo una concesión para conseguir el acuerdo.
- b) El cierre **con resumen** es probablemente el más frecuente después del cierre con concesión. Se trata de terminar la fase de intercambio haciendo un resumen de todos los acuerdos alcanzados hasta el momento, destacando las concesiones que la oposición ha conseguido de nuestra parte y subrayando lo ventajoso de llegar a un acuerdo sobre los **puntos pendientes**. Es perfectamente posible utilizar el cierre con concesión antes o después del cierre con resumen. Lo que hay que recordar es que el cierre con concesión está condicionado a la obtención de un acuerdo inmediato.
- c) El cierre **con descanso** se utiliza para dar tiempo a la otra parte a considerar nuestra oferta y también las alternativas de desacuerdo. Si nuestro opositor necesita este tiempo y nosotros consideramos que no nos perjudica, debemos concedérselo.
- d) El cierre **con ultimátum**: si nuestra amenaza no tiene base puede volverse en contra nuestra. Se trata de un cierre muy arriesgado y conviene pensarlo muy bien antes de utilizarlo.
- e) El cierre **disyuntivo**: se trata de presentar a la oposición la elección de dos soluciones, ambas dentro de los límites presupuestarios de la parte que cierra. Tiene la ventaja de dar a la otra parte cierta libertad de elección.

El propósito de la fase de cierre es conseguir un acuerdo sobre lo que se ofrece. El acuerdo es el **punto final** de la negociación. Negociamos para llegar a un acuerdo.

Los negociadores deben leer y aprobar un **resumen detallado** de cada uno de los puntos negociados. En las negociaciones más formales, cada parte suele disponer de un borrador de trabajo. Si la negociación no es tan formal y el resumen del acuerdo ha sido oral, puede ser conveniente enviar a la otra parte una versión escrita del resumen inmediatamente después de la reunión.

## 6. Negociador

---

### 3600 Características del buen negociador

Deben destacarse las siguientes:

- a) Tener una **actitud** «ganador/ganador».



- b) Mostrar un **interés** auténtico por las necesidades de la otra parte.
- c) Ser **flexible** en el enfoque.
- d) Ser duro en el **fondo** y suave en la **forma**.
- e) Tolerar bien los **conflictos**.
- f) Buscar y analizar a fondo las **propuestas**.
- g) Ser **paciente**.
- h) No «tomarse a pecho» los **ataques personales**.
- i) Identificar rápidamente los **intereses** de la otra parte.
- j) Ser un buen **oyente**.

### 3602 Errores

Los errores más comunes son los siguientes:

1. Tener una **preparación inadecuada**. La preparación facilita una buena visión en conjunto de sus elecciones posibles y les permite tener la agilidad que será necesaria para los momentos críticos.
2. Olvidarse del **principio «ganar-ganar»**. Cada parte debe concluir la negociación teniendo el sentimiento de haber ganado alguna cosa.
3. Utilizar un **comportamiento de intimidación**. Está demostrado que cuánto más ruda es la táctica, la resistencia es más fuerte. La persuasión, y no la dominación, procuran los mejores resultados.
4. Ser **impaciente**. Dejar las ideas y las proposiciones que hagan su camino. No precipitar las cosas, la paciencia paga.
5. Actuar con «sangre fría». Las **emociones negativas** intensas impiden entablar un clima de cooperación y de encontrar la solución.
6. **Hablar demasiado** y escuchar demasiado poco.
7. **Disputar** en lugar de influenciar. Es por la explicación que se puede defender un punto de vista, y no por el enfrentamiento.
8. No tener en cuenta el **conflicto**. El conflicto es la sustancia misma de la negociación. Se debe aprender a aceptarlo y a resolverlo.

### 3604 Negociación cooperativa

La negociación cooperativa requiere que el negociador tenga una nueva óptica en la que se privilegie lo siguiente:

- a) Ser duro con el **problema**, no con la persona: pensar en la otra parte como un socio en la empresa de resolver problemas comunes, antes que considerarlo como parte del problema. Así vistas las cosas corresponde a los «socios» atacar duramente el problema, pero no atacarse mutuamente, puesto que ello no facilitará la solución de sus problemas.
- b) Discutir sobre los **intereses de las partes**, no sobre las posiciones: debe descubrirse qué es lo que cada uno requiere para satisfacer sus necesidades. En otras palabras, no centrarse en las posiciones o propuestas formuladas sino buscar cuál es su sustento, qué es lo que se esconde detrás.
- c) Crear **opciones de solución** que satisfagan los intereses mutuos: no proponer aquello que no aceptaríamos de estar en la posición de la otra parte. Se trata, pues, de generar un espacio en el cual las partes se dediquen a la creación de fórmulas de solución sin la presión del compromiso, simplemente para tener una serie de alternativas dentro de las cuales se escogerá la más conveniente.
- d) Usar **criterios objetivos** para elegir entre las opciones de solución aquella que ponga fin a la controversia. Se trata de persuadir a la otra parte sobre la base de la razón, en lugar de pretender presionarla para que acepte nuestra posición.

## SECCIÓN 3

# Conciliación

3610 La conciliación es un **sistema autocompositivo** de solución de controversias, en virtud de la cual las partes del mismo, ante un tercero -conciliador- que no propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones tratando de llegar a un acuerdo, respecto de derechos que no tienen carácter de indisponibles, que elimine la posible contienda judicial.

El **conciliador**, neutral e imparcial, no interpreta el derecho ni las normas, sino que le corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, **proponiendo** si fuera necesario formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia.

### 3614 Características

Pueden destacarse las siguientes:

- Requiere la **existencia de un tercero**, que no decide, sino que se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.
- Es un **mecanismo alternativo** de solución de conflicto, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por la vía judicial.
- La **oralidad e inmediación** están siempre presentes, pues el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación, las que se realizarán sin intermediarios. Es inimaginable un proceso conciliador con escritos que van y vienen, pues la casi totalidad de negociaciones se efectivizan mejor sin la presencia de documento alguno o de formalidad específica.
- El tercero **conciliador** no propone, no decide, ni siquiera interpreta la norma en conflicto, menos hace esfuerzo alguno para su aplicación. Se limita simplemente a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues en última instancia las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismo estimen conveniente.
- Pretende la **evitación** de un procedimiento heterónomo o la simple prosecución del proceso ya iniciado.
- Trata de fomentar un **acercamiento entre las partes** con miras a demostrar que este es preferible a su total inexistencia, propiciando que el dialogo posibilite la solución del conflicto.
- Carece de toda **formalidad**, es un acto informal por excelencia, por eso que se ha convertido en una herramienta flexible por la amplia libertad conservada al conciliador; empero nada quita al conciliador que tenga su propia metodología para lograr el éxito que se ha propuesto al iniciar su labor conciliadora.

### 3615 Tipos

Ha de distinguirse entre conciliación:

- a) **Judicial**: si se realiza dentro de un proceso judicial, mecanismo que se desarrolla íntegramente en el capítulo correspondiente a la litigación civil (nº 4010 s. ).
- b) **Extrajudicial**: si se realiza antes o durante, pero fuera de un proceso judicial. Carece actualmente de regulación legal, pero le son de aplicación las normas de la transacción ( CC art.1809 s. ), que es el contrato en el que habitualmente se plasma el acuerdo logrado mediante conciliación.

## SECCIÓN 4

# Mediación

3625	1. Caracteres generales	3635
	2. Ámbito de aplicación	3640
	3. Principios informadores de la mediación	3645
	4. Estatuto del mediador	3655
	5. Procedimiento de mediación	3665
	6. Jurisprudencia	3670

3627 La **regulación** de la mediación civil y mercantil, a nivel **estatal**, se establece por la L 5/2012 , de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y por el RD 980/2013 , por el que se desarrollan determinados aspectos de la L 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles..

A **nivel autonómico** la regulación que existe es sobre todo la que afecta a la mediación familiar:

- L Andalucía 1/2009 , reguladora de la mediación familiar; D Andalucía 37/2012 , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la L 1/2009 .
- L Aragón 9/2011 , de mediación familiar y el D Aragón 12/2015 , por el que se crean el Centro Aragonés de Coordinación en Materia de Mediación y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de Aragón y se establecen medidas de fomento de la mediación.
- L Asturias 3/2007 , de mediación familiar.
- L Baleares 14/2010 , de mediación familiar.
- L Canarias 15/2003 , de la mediación familiar y D Canarias 144/2007 , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la L 15/2003 .
- L Cantabria 1/2011 , de Mediación.
- L Castilla-La Mancha 1/2015 , del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.
- L Castilla y León 1/2006 , de mediación familiar y D Castilla y León 61/2011 , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la L 1/2006 .
- L Cataluña 15/2009 , de mediación en el ámbito del derecho privado; D Cataluña 135/2012 , por el que se aprueba el Reglamento de la L 15/2009 .

- D Extremadura 245/2000 , por el que se aprueba el Reglamento de Arbitraje, Conciliación y Mediación Cooperativos.
- L Galicia 4/2001 , reguladora de la mediación familiar y D Galicia 159/2003 , por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.
- L Madrid 1/2007 , de mediación familiar.
- L País Vasco 1/2008 , de mediación familiar.
- L C.Valenciana 7/2001 , reguladora de la mediación familiar.

3629

#### Precisiones

A pesar del impulso que en los últimos años ha experimentado la mediación en el ámbito de las **comunidades autónomas**, hasta la aprobación de la L 5/2012 se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal ( L 5/2012 Exp.Motivos ).

La L 5/2012 incorpora al Derecho español el Derecho de la **Unión Europea** en la materia: la Dir 2008/52/CE , sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la L 15/2005 disp.final 3ª , en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

La Dir 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los **litigios transfronterizos** en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Comercial Internacional de 24-6-2002.

La intención del legislador de motivar el **uso de sistemas alternativos** de solución de conflictos, entre ellos la mediación, se deja traslucir en la L 10/2012 , por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, según la cual se efectuará una **devolución del 60% del importe de la tasa**, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio ( L 10/2012 art.8.5 ).

#### 1. Caracteres generales

**3635** Se entiende por mediación aquel **medio de solución de controversias**, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador ( L 5/2012 art.1 ). La mediación sería, así, un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la ayuda de un **tercero imparcial** que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del diálogo para que acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto ( TSJ Madrid 14-5-15, EDJ 105781 ).

Son **características** de la mediación civil y mercantil las siguientes:

1. La mediación ha de ser **voluntaria**. Si se acude a la mediación obligado, las posibilidades de éxito son casi nulas, pero para usarla hay que conocerla y de ahí la responsabilidad tanto de la Administración como de determinadas profesiones jurídicas como los jueces, los abogados, los procuradores, los notarios y los profesores de universidad en darle la mayor difusión posible. También, el hecho de que voluntariamente se acuda a ella aumenta las posibilidades de un cumplimiento no forzoso del acuerdo.
2. El procedimiento de mediación ha de ser **flexible**. Si constreñimos a un rígido sistema el camino para llegar a un acuerdo, como ocurre con el proceso judicial, cercenamos las posibilidades de que este se logre. La mediación se basa en el sistema de que todos ganan y nadie pierde, *win/win* y para llegar a este equilibrado final de la controversia es innecesario el encorsetamiento de un sistema rígido.
3. Una de las grandes ventajas de la mediación consiste en preservar las **relaciones personales y comerciales entre las partes** de un conflicto, que se van a ver abocadas a seguir tratándose en un futuro. Esa continuidad será posible si nadie se siente vencedora ni vencida sino que se ha llegado a la mejor solución posible del conflicto que se había planteado.
4. Ha de ser **confidencial**. Ello es claro en el ámbito empresarial, donde preservar la imagen de la empresa es clave para su éxito comercial, por lo que no debe trascender ni la existencia de la mediación, ni nada de

lo sucedido durante su gestación y ni siquiera el contenido del acuerdo adoptado, lo que va a afectar a todos los que van a intervenir.

**3637** La **solicitud de inicio** de la mediación suspende la prescripción o caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso ( L 5/2012 art.4 ).

Si en el plazo de 15 días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva, se reanudará el cómputo de los **plazos**.

La **suspensión** se prolonga hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la Ley.

Las **instituciones de mediación** pueden ser españolas o extranjeras. La Ley deslinda la independencia que debe haber si es que entre sus fines está también el arbitraje y no solo la mediación, y su obligación de dar a conocer, entre otras cosas, la identidad de sus mediadores.

## 2. Ámbito de aplicación

(L 5/2012 art.2)

**3640** La L 5/2012 es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

Se entiende por **conflicto transfronterizo** para ser aplicado a la mediación, los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto ( L 5/2012 art.3 ).

Quedan **excluidas**, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley, la mediación:

- penal;
- con las Administraciones públicas;
- laboral; y
- en materia de consumo.

## 3. Principios informadores de la mediación

(L 5/2012 art.6 a 10 )

**3645** Son los principios de voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. A estos principios se añaden las **reglas o directrices** que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador.

### 3646 Principio de voluntariedad

(L 5/2012 art.6)

La Ley opta por el carácter voluntario en su sentido más puro, pues el carácter obligatorio de la mediación, aunque fuera en supuestos reducidos, no casa con la naturaleza de esta institución, además de correr el riesgo de convertirla en un mero trámite que dilatase innecesariamente el proceso.

#### Precisiones

En la L 5/2012 se suprime lo que era la primera intención del legislador -en el proyecto de 2011- sobre la **obligatoriedad** del intento de mediación de las partes en los 6 meses anteriores a la interposición de la demanda en determinados juicios verbales que no superasen la cantidad de 2.000 euros.

### 3647 Principio dispositivo

(L 5/2012 art.6.2 y 3, 10)

Se prevé la sumisión del asunto a mediación para excepcionarlo del **conocimiento de los tribunales**, al menos *ab initio*.

Así, el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de esta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle esta, siempre que la parte a quien interese **lo invoque** mediante declinatoria ( AP Barcelona 25-6-14, EDJ 153995 ).

### 3648 Igualdad de las partes e imparcialidad de los juzgadores

(L. 5/2012 art.7)

Este principio garantiza que en el procedimiento de mediación las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el **equilibrio** entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

El principio de **neutralidad** permite que las actuaciones de mediación se desarrollen de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación.

### 3649 Confidencialidad

(L. 5/2012 art.9)

Es una de las grandes claves de la mediación y se regula con la advertencia de que la **infracción** del deber de confidencialidad genera responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Así, el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La **obligación** de confidencialidad **se extiende** al mediador, que queda protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, de modo que no pueden revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

La confidencialidad de la mediación y de su contenido **impide** que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, **excepto** cuando:

- las partes, de manera expresa y por escrito, les **dispensen del deber** de confidencialidad;
- la información y documentación sea solicitada por jueces del orden jurisdiccional penal mediante **resolución judicial** motivada.

### 3650 Actuación de las partes en la mediación

(L. 5/2012 art.10)

Se establece que, sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en la Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

Las partes sujetas a mediación **deben actuar entre sí** conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo y deben prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

## 4. Estatuto del mediador

(L. 5/2012 art.11 a 15 )

3655 En él **se concretan** los requisitos que deben cumplir los mediadores y los principios que deben regir en su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes.

### Precisiones

Se sigue en este punto el modelo del **Código de conducta europeo** para mediadores (2-7-04), desarrollado por un grupo de representantes de los diversos grupos de interés con la asistencia de la Comisión Europea y que establece una serie de principios, a los que los mediadores individuales pueden adherirse voluntariamente, relativos a las competencias, el nombramiento y los honorarios de los mediadores, la promoción de sus servicios, su independencia e imparcialidad, el acuerdo de mediación y la confidencialidad.

### 3657 Condiciones para ser mediador

(L. 5/2012 art.11 y 12 )

Son las siguientes:

- a) Debe tratarse de **personas naturales** que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley.
- b) Las condiciones de **formación** se ciñen a señalar que el mediador debe estar en posesión de **título oficial** universitario o de formación profesional superior y contar con **formación específica** para ejercer la mediación, que se adquiere mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. La formación específica de la mediación **debe proporcionar** a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. La **duración** mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva ( RD 980/2013 art.4 y 5 ). El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, han de fomentar y requerir la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquellos y de las instituciones de mediación a tales códigos.
- c) La posesión de un **seguro o garantía** equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.
- d) Se crea un **Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación**, que tiene por finalidad facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación ( RD 980/2013 art.8 a 10 ). La **inscripción** de los mediadores y las instituciones de mediación es voluntario, con la excepción de los mediadores concursales, para los cuales será requisito previo la inscripción en el Registro para su nombramiento como tales ( LCon art.233 ).

### 3659 Actuación de los mediadores

(L 5/2012 art.13)

Se rige por las siguientes **reglas**:

1. El mediador debe facilitar la **comunicación entre las partes** y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.
2. El mediador ha de desarrollar una **conducta activa** tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley
3. El mediador puede **renunciar** a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.
4. El mediador no puede iniciar o debe abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su **imparcialidad**.
5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador **debe revelar** cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluyen, en todo caso:
  - Todo tipo de **relación personal, contractual o empresarial** con una de las partes.
  - Cualquier **interés directo o indirecto** en el resultado de la mediación.
  - Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan **actuado anteriormente** a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador solo puede **aceptar o continuar la mediación** cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

### 3660 Responsabilidad

(L 5/2012 art.14; RD 980/2013 art.26 a 29 )

La responsabilidad de los mediadores **surge** desde la aceptación de la mediación, que obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hacen, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causen.

El perjudicado tiene **acción directa** contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación deriva de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

Tanto los mediadores como las instituciones de mediación deben contar con un contrato de **seguro de responsabilidad civil** o una garantía equivalente. La suma asegurada o garantizada, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga. El mediador informará a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, dejando constancia de la misma en el acta inicial.

**3662 Coste**  
(L 5/2012 art.15)

El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, **se divide por igual** entre las partes, salvo pacto en contrario.

Tanto los mediadores como la institución de mediación pueden exigir a las partes la **provisión de fondos** que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas **no realizan en plazo** la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, pueden dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no ha realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo debe comunicar a las demás partes, por si tienen interés en suplirla, dentro del plazo que haya sido fijado.

**5. Procedimiento de mediación**

(L 5/2012 art.16 a 24 )

**3665** Se trata de un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los **sujetos implicados** en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales.

La norma se limita a establecer aquellos **requisitos imprescindibles** para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto.

*Estructura del procedimiento de mediación*



<b>INICIACIÓN</b> ( L 5/2012 art.16 )	
De común acuerdo entre las partes. Con designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.	Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquellas.
<b>Solicitud de inicio</b> (con posible solicitud de suspensión de proceso judicial en curso)	
Ante las instituciones de mediación	Ante el mediador
<b>Sesión informativa</b> ( L 5/2012 art.17 )	
Por institución de mediación	Por mediador
- Inasistencia injustificada de cualquiera de las partes: desistimiento de la mediación (información de la inasistencia no será confidencial).	

<b>INICIACIÓN</b> (L 5/2012 art.16 )		
- Información del mediador sobre las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia. - Información de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo y del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva. - Las sesiones informativas abiertas de las instituciones de mediación no sustituyen a estas.		
<b>Sesión constitutiva</b> (L 5/2012 art.19 )		
Las partes expresan su deseo de desarrollar la mediación y se levanta <b>acta</b> donde se indicarán: <b>a)</b> La identificación de las partes. <b>b)</b> La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes. <b>c)</b> El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. <b>d)</b> El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación. <b>e)</b> La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos. <b>f)</b> La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas. <b>g)</b> El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.		
<b>DESARROLLO</b> (L 5/2012 art.21 )		
1. El mediador convoca a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado. 2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto pueden ser o no simultáneas. 3. El mediador comunica a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no puede ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.		
<b>CONCLUSIÓN</b> (L 5/2012 art.22 y 23 )		
Sin acuerdo: - Por voluntad de una o todas las partes. - Por transcurso del plazo máximo. - Por decisión del mediador ante posiciones irreconciliables o otras causas justificadas. - por renuncia del mediador o rechazo de las partes sin nombrar uno nuevo.	Acuerdo: - Recogido por <b>acta</b> firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores. - Sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. - Debe constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume, el mediador o mediadores y la institución de mediación, en su caso. - Para <b>título ejecutivo</b> : elevación a escritura pública.	
<b>RECURSO</b> (L 5/2012 art.23.4 )		
La <b>acción de nulidad</b> por las causas que invalidan los contratos.		
<b>EJECUCIÓN</b> (L 5/2012 art.25 a 27 )		
<b>Judicial</b>	<b>Notarial</b>	<b>Transfronterizo</b> (L 5/2012 art.27 )
- Formalización del título mediante homologación ( L 5/2012 art.25.4 ). - Órgano competente: el mismo que homologó) ( L 5/2012 art.26 ).	- Formalización del título mediante escritura pública ( L 5/2012 art.25.1 a 4 ). - Órgano competente: El juzgado de primera instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación ( LEC art.545.2 ; L 5/2012 art.26 ).	- Normativa de la Unión Europea y convenios internacionales vigentes en España. - El documento extranjero no puede ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.



3670 La jurisprudencia del Tribunal Supremo solo ha reflejado este sistema alternativo de solución de conflicto en ocasiones puntuales, la mayoría anteriores a la aprobación de la L 5/2012, en las siguientes ocasiones, pero siempre potenciándolo como **medio idóneo y eficaz** para determinadas situaciones:

1. **Acción declarativa de dominio** con base en la pretendida existencia de un contrato simulado ( TS 2-7-09, EDJ 150917 ).
2. **Donación modal**. Revocación por incumplimiento del modo ( TS 3-7-09, EDJ 150891 ).
3. **Nulidad de contrato** de compraventa por dolo y vicio en el consentimiento ( TS 5-3-10, EDJ 16369 ).
4. **Legado alternativo**. Elección tácita ( TS 20-5-10, EDJ 78755 ).
5. **Confidencialidad** de los acuerdos de mediación familiar ( TS 2-3-11, EDJ 11662 ).
6. **Operaciones particionales** en sucesión hereditaria ( TS 19-1-12, EDJ 5040 ).

En ocasiones el Tribunal Supremo se ha manifestado favorable a la mediación como medio idóneo cuando el conflicto que se plantea no versa simplemente de la interpretación del derecho civil por un supuesto concreto que se plantea sino que existe un **problema subyacente familiar** cuya adecuada solución no se alcanza en los tribunales, pues siempre va a resultar menos favorecedor a la paz familiar y a la mejora de las relaciones en este ámbito ( TS 2-7-09, EDJ 150917 ). Los procesos judiciales siempre acaban con un vencedor y un vencido, pero cuando los temas jurídicos son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que no llega el ejercicio de la jurisdicción pero sí el instituto de la mediación ( TS 19-1-12, EDJ 5040 ).

3672 Varias sentencias reiteran que la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, podría llegar a **soluciones menos traumáticas** que las judiciales, por el dilatado tiempo que se invierte en el proceso. El acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial, que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica ( TS 2-7-09, EDJ 150917 ; 3-7-09, EDJ 150891 ; 5-3-10, EDJ 16369 ; 20-5-10, EDJ 78755 ).

Uno de los valores adicionales que aporta este sistema alternativo es la **confidencialidad**. El Tribunal Supremo ha entendido que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales», que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de las partes y del mediador, pero no puede extenderse cuando se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado ( TS 2-3-11, EDJ 11662, en interpretación de L Cataluña 1/2001 art.13.1, que establece que la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate, renunciando las partes a proponer a la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación).

En relación con el acuerdo de mediación, la llamada jurisprudencia menor confirma la **validez** del **acuerdo** logrado tras una mediación y que contra este únicamente cabe el ejercicio de una acción de anulabilidad contractual ( AP Asturias 4-3-16, EDJ 35814 ). De forma similar se clarifica en el ámbito del **Derecho de familia** que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en el acta final se equiparan a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente ( AP Zaragoza 10-12-15, EDJ 249994 ). Así, en materia de **mediación familiar** la jurisprudencia traba una línea divisoria entre aquellas materias que son de derecho dispositivo entre las partes, de aquellas otras en las que impera el principio de indisponibilidad, de oficialidad, ya que en estas, ese pacto mediación debe quedar configurado en un convenio regulador que pase el filtro de la homologación judicial, previo informe del Ministerio Fiscal ( AP Málaga 17-7-14, EDJ 296874 ).

A propósito de la ejecutabilidad de los acuerdos de mediación, la jurisprudencia reitera que los acuerdos de mediación deben elevarse a **escritura pública**, y también que cuando el acuerdo se hubiera alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes pueden solicitar su homologación judicial ( AP Barcelona 17-9-15, EDJ 210304 ).

## SECCIÓN 5

### Arbitraje

3700	A. Convenio arbitral	3705
	B. Árbitros	3755
	C. Procedimiento arbitral	3810
	D. Laudo	3855

E.	Anulación del laudo	3870
F.	Ejecución del laudo	3875

## A. Convenio arbitral

(L 60/2003 art.9 s.)

### 3705 Forma y requisitos

La piedra angular del arbitraje comercial es el consentimiento. El convenio arbitral **puede definirse** como un pacto por el cual las partes someten a arbitraje algunas o todas las disputas que pueda surgir de una relación jurídica determinada, renunciando con respecto de estas a que sea un juez (el predeterminado por la Ley) el que ponga fin a las controversias que pudieran existir a su respecto.

La **forma más común** de convenio arbitral es la cláusula arbitral, que se incluye en los contratos **antes** de que haya surgido la **disputa**.

Nada impide, sin embargo que las partes se sometan a arbitraje **después** de surgida la **disputa**, por entender que esta es la fórmula de resolución de conflictos más eficaz en ese supuesto, y ello sin perjuicio de que preexista una cláusula de elección de foro anterior, que se entenderá novada a favor del arbitraje.

Sobre la forma, se exige que este conste **por escrito**, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax, correo electrónico u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo ( TSJ Cataluña auto 28-11-12 ).

La ley considera cumplido este requisito de forma escrita cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo ( L 60/2003 art.9 ).

Además, se exige una **manifestación expresa de voluntad** de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

### 3706 Se prevén además dos **formas adicionales de sumisión** a arbitraje ( L 60/2003 art.9 ):

a) La sumisión a arbitraje **por referencia**: se considera incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que estas se hayan remitido.

b) La sumisión a arbitraje **tácita**: se considera que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra ( TSJ País Vasco 23-9-15 ; TSJ Cataluña auto 28-11-12 ).

Finalmente, cuando el **arbitraje** sea **internacional**, el convenio arbitral es válido y la controversia es susceptible de arbitraje solo si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español. En este sentido, un arbitraje debe entenderse internacional si concurre cualquiera de las siguientes **circunstancias** ( L 60/2003 art.3 ):

- que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus **domicilios** en Estados diferentes; o
- que el **lugar del arbitraje**, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; o
- que la **relación jurídica** de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

### 3707

#### Precisiones

Debe tenerse en cuenta, que, si el convenio arbitral está contenido en un **contrato de adhesión**, la validez de dicho convenio y su interpretación se rigen por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato, que básicamente encuentran su regulación en la L 7/1998 , sobre condiciones generales de la contratación y el RDLeg 1/2007 , por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios ( L 60/2003 art.9.2 ).

A los efectos de la validez del sometimiento a arbitraje, y cuando se encuentran involucrados **consumidores** debe señalarse que los convenios arbitrales celebrados con estos son nulos si se pactan con carácter previo a que surja la disputa y someten a cualquier tipo de arbitraje que no sea el sistema arbitral de consumo, pudiendo pactarse válidamente solo convenios de sumisión arbitraje comercial una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato ( RDLeg 1/2007 art.57 ). No obstante, incluso en casos de **pacto de arbitraje ex post**, la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido reticente a admitir la validez de dicho pacto ( TJUE 26-10-06 Caso Mostaza Claro).

Por tanto, todas las **cláusulas arbitrales** contenidas en **condiciones generales de la contratación** y que prevean la sumisión a arbitraje comercial privado son nulas cuando la contraparte tenga la condición de consumidor o usuario. Cuando se trate de cláusulas **pactadas con empresarios**, son válidas siempre y cuando sean compatibles con los requisitos exigibles por la L 7/1998 para la validez de cualquier condición general de la contratación, es decir, que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

La jurisprudencia ha confirmado reiteradamente la **validez** de las cláusulas de arbitraje contenidas en condiciones generales incorporadas en contratos de adhesión concluidos **entre profesionales** pues, en tales casos, estima que es razonable esperar que el adherente examine detenidamente los términos del contrato que se le propone, incluida la cláusula de arbitraje, valorándolos y recabando asesoramiento si fuera necesario. En este sentido, la jurisprudencia ha sido clara al establecer que un convenio arbitral suscrito entre empresarios no es nulo por el mero hecho de estar contenido en un condicionado general ( TSJ Madrid 17-11-15, EDJ 283293 ; 23-9-14, EDJ 220774 ; 16-9-14, EDJ 220772 ; AP Madrid 8-5-10, EDJ 396882 ; AP Madrid auto 27-1-09, EDJ 28079 ; AP Salamanca auto 15-9-08, EDJ 227652 ).

### 3712 Comprobaciones previas a la redacción de una cláusula arbitral

Con carácter previo a proponer y redactar una cláusula arbitral es conveniente realizar una serie de comprobaciones:

**a)** Si la **contraparte** es un **Estado o empresa estatal**, resulta de trascendental importancia confirmar si se requiere algún tipo de autorización administrativa previa para que pueda someterse a arbitraje. En este sentido, y con respecto al **Estado español**, no se puede transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno ( L 47/2003 art.7.3 ; L 33/2003 art.31 ). Por otra parte, se establece que los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas pueden remitir a un arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren ( RDLeg 3/2011 art.50 ).

**b)** Si la contraparte es una **entidad sin personalidad jurídica**, por ejemplo, un consorcio o una unión temporal de empresas (UTE). Para que la cláusula arbitral sea válida deberá ser firmada por todos los miembros de ese consorcio o de esa UTE (o por una persona debidamente apoderada por todos sus miembros para firmar la cláusula arbitral).

### 3713 c) Otra cuestión esencial que debe ser dilucidada antes de redactar la cláusula arbitral es si la posible **controversia** puede ser resuelta por medio de arbitraje. Son **susceptibles de arbitraje** las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho ( L 60/2003 art.2.1 ). Así pues, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles, pero no aquellas que no pueden ser objeto de transacción ( TSJ Madrid 5-4-16, EDJ 67622 ; 9-2-16, EDJ 38444 ; 13-7-15, EDJ 142341 ).

**No pueden ser objeto de arbitraje comercial:**

- la materia penal;

- la materia administrativa que afecte al interés público;

- la materia laboral, en lo que afecte a derechos de los trabajadores protegidos por el Estatuto de los Trabajadores, incluido el despido ( TSJ Cataluña 4-2-16, EDJ 33150 ; TSJ Madrid 23-5-12, EDJ 131584 );

- aquellas cuestiones relativas al estado civil de las personas, como la capacidad, la filiación o el matrimonio, ni aquellas que, por involucrar a menores, necesiten de la intervención del Ministerio Fiscal ( AP Barcelona 30-6-08, EDJ 265972 ; 9-2-10, EDJ 73118 ; AP Madrid 3-11-11, EDJ 312777 ).

Surgen dudas al respecto de la arbitrabilidad de cuestiones que afectan al derecho de **defensa de la competencia** que han sido resueltas de forma favorable a la validez del pacto arbitral ( TSJ Madrid 24-3-15, EDJ 50089 ; AP Madrid 23-12-14 ) o a la titularidad registral de las **patentes y marcas**.

**Sí se permite** el arbitraje sobre, por ejemplo, la partición de la herencia ( L 60/2003 art.10 ), la liquidación del régimen económico matrimonial y, recientemente se ha admitido el arbitraje en materia de derecho de sociedades y, en particular para la impugnación de acuerdos sociales, siempre que se someta a arbitraje institucional ( L 60/2003 art.11 bis ) ( TSJ País Vasco 11-4-16, EDJ 44486 ; 30-9-15, EDJ 181990 ; TSJ Galicia 19-4-16, EDJ 68983 ; TSJ Madrid 1-2-16, EDJ 19221 ; TSJ Cataluña 30-7-15, EDJ 178866 ).

**d)** Se deben analizar asimismo los específicos **requerimientos de forma** exigidos por la legislación del lugar donde se celebrará el arbitraje ( nº 3705 ).

### 3715 Elementos a considerar en la redacción de la cláusula arbitral

Son muchas las decisiones que se deben tomar a la hora de redactar una cláusula arbitral. Entre otras, destacan las siguientes:

### 3717 Arbitraje de Derecho o arbitraje de equidad

En el **arbitraje de Derecho**, los árbitros resuelven la controversia aplicando las normas jurídicas a las que las partes se hayan sometido. En el **arbitraje de equidad** los árbitros resuelven las controversias conforme su leal saber y entender (aunque siempre con respecto a las normas imperativas que resulten de aplicación). El arbitraje será de derecho por defecto y solo será de equidad si las partes así lo acuerdan expresamente ( L 60/2003 art.34.1 ).

### 3719 Arbitraje institucional o arbitraje «ad hoc»

El **arbitraje institucional o administrado** es aquel en el que se designa a una institución dedicada al arbitraje para que se ocupe, de la administración del procedimiento arbitral y generalmente de la designación de los árbitros.

Dentro de los **caracteres y ventajas** del arbitraje institucional destacan las siguientes:

- a) Inherentes al arbitraje institucional son los caracteres de **habitualidad, permanencia y profesionalidad**. Las instituciones arbitrales no se crean para un arbitraje en particular, sino que ofrecen servicios de arbitraje con vocación de permanencia, lo que les permite aplicar toda su experiencia acumulada en cada arbitraje administrado, desarrollando de forma más profesional sus labores de supervisión del convenio arbitral, del procedimiento y de la actividad del árbitro.
- b) La institución arbitral genera **confianza**, especialmente en los países donde existe interferencia política o donde los tribunales miran el arbitraje con recelo, el hecho de que el arbitraje tenga lugar bajo los auspicios de una institución arbitral prestigiosa ayuda a la hora de ejecutar el laudo arbitral.
- c) Simplifica el **contenido** del convenio arbitral y su redacción, evitando la propagación de las denominadas «cláusulas patológicas» (nº 3730 s. ). Casi todas las cortes de arbitraje de prestigio cuentan con una cláusula tipo, en la que se expresa la voluntad de las partes de someterse al arbitraje administrado de esa institución bajo su Reglamento.
- d) Facilita la **designación de los árbitros**.
- e) Regulan los **costes** del arbitraje, sobre la base de unas tablas preestablecidas, limitando de este modo el monto de los mismos. Casi todas las cortes de arbitraje de prestigio ofrecen en su página web un calculador de costes, con el que las partes pueden anticipar el impacto económico del arbitraje antes de comenzar.
- f) Impide la **paralización o retraso del procedimiento** por mala fe o negligencia de las partes o del árbitro al tener encomendada la corte de arbitraje el impulso procesal de los procedimientos que administra.
- g) Asesora y **supervisa formalmente** a los árbitros. Las cortes de arbitraje acumulan una gran experiencia que ponen a disposición de los árbitros para beneficio de la tramitación ágil y eficaz de los arbitrajes. Además algunas cortes de arbitraje de prestigio, como la de la Cámara de Comercio Internacional o la Corte de Arbitraje de Madrid- revisan el laudo formalmente antes de que sea notificado a las partes, disminuyendo de esta manera el riesgo de que el laudo adolezca de errores formales que pongan en riesgo su ejecución o que lo hagan susceptible de ser anulado.
- h) Los arbitrajes administrados gozan de mayor **apariencia de transparencia** que los arbitrajes *ad hoc*, ya que las instituciones arbitrales están sometidas a unos estándares de transparencia y una exposición mayor.
- i) Existen una diversidad de **instituciones arbitrales** nacionales e internacionales de gran prestigio. Entre ellas cabe mencionar la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la *London Court of International Arbitration*, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte de Arbitraje de Madrid o la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.

A estos efectos debe incluirse en la cláusula el **nombre correcto** de la institución arbitral a la que las partes se someten, para evitar patologías.

### 3720 En el arbitraje «ad hoc», el arbitraje no es administrado más que por los propios árbitros nombrados por las partes. Dentro de las **ventajas** que generalmente se asocian al arbitraje *ad hoc* destacan las siguientes:

- a) Mayor **flexibilidad**. Cuando las partes pactan este tipo de arbitraje, diseñan una estructura y un procedimiento para un arbitraje en concreto, el llamado a dirimir las posibles controversias que pudieran surgir de una o varias relaciones comerciales específicas.
- b) **Confidencialidad**. El arbitraje *ad hoc* al ser conocido únicamente por las partes del procedimiento y los árbitros, garantiza en mejor forma la confidencialidad de las actuaciones y evita en mayor medida la posibilidad de que estas se filtren.
- c) Una modalidad dentro del arbitraje *ad hoc* es el arbitraje *ad hoc reglamentado*, en el que las partes siguen prescindiendo de la administración de una corte de arbitraje pero someten el desarrollo del procedimiento a un determinado reglamento preexistente. El Reglamento más comúnmente utilizado en arbitrajes internacionales *ad hoc* es el Reglamento UNCITRAL, que constituye un régimen procesal completo, regulando todos los aspectos del procedimiento arbitral, incluyendo aspectos clave como la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones o la forma y contenido del laudo.

### 3722 **Ámbito objetivo de la cláusula**

Debe considerarse qué aspectos de la relación jurídica quieren someterse a arbitraje. Lo ideal es que la cláusula arbitral cubra la validez, la interpretación, cumplimiento y ejecución y la eficacia del contrato, así como la totalidad de las disputas directa o indirectamente relacionadas con el contrato.

### 3724 **Número de árbitros**

(L 60/2003 art.12)

**En general**, el número de árbitros debe ser impar. En caso de **silencio**, la Ley de arbitraje opta por árbitro único.

Es recomendable indicar las cualidades o cualificaciones mínimas que habrán de reunir los árbitros, especialmente en sectores económicos altamente especializados en el que el entendimiento del negocio resulta vital para la resolución del conflicto.

### 3725 **Elección del lugar del arbitraje**

Las partes pueden elegir libremente el lugar del arbitraje. Es recomendable elegir un lugar neutral -que no coincida con el domicilio de ninguna de las dos partes- y debe tenerse en cuenta, al optar por una sede u otra, que esta **determinará**, entre otras cuestiones:

- la ley de arbitraje aplicable;
- los tribunales que en su caso conocerán de la anulación del laudo y prestarán la asistencia judicial al arbitraje; y
- la cultura arbitral.

Por ello se suele recomendar que se opte por lugares que sean, en terminología anglosajona, *arbitration friendly*.

### 3727 **Elección del idioma**

Las partes pueden elegir libremente el idioma del arbitraje. Al hacerlo deben considerar que este determinará de algún modo la **nacionalidad** de los **árbitros** y, probablemente la cultura jurídica imperante en el arbitraje.

### 3729 **Elección del derecho aplicable**

En los arbitrajes de derecho las partes pueden pactar las normas del ordenamiento jurídico conforme el cuál los árbitros resolverán la controversia.

En caso de silencio serán estos los que decidan qué derecho consideran que debe aplicarse en la resolución de la disputa.

### 3730 **Cláusulas defectuosas o patológicas**

Frédéric Eisemann, exsecretario general de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), bautizó a las cláusulas arbitrales defectuosas como «cláusulas patológicas». Según su criterio, que todavía hoy sigue plenamente vigente, una cláusula es patológica si no cumple alguna de las cuatro **funciones esenciales** que todo convenio arbitral debe englobar:

- 1ª. Debe tener **efecto vinculante** y por ende producir consecuencias obligatorias para las partes. Esta función es común a cualquier compromiso.
- 2ª. Debe tener el poder de **excluir la intervención de los tribunales** en la resolución de la disputa en cuestión, al menos con anterioridad a la existencia de un laudo.
- 3ª. Debe dotar al tribunal arbitral de las **facultades** necesarias para resolver las disputas que surjan entre las partes.
- 4ª. Debe crear o permitir un **procedimiento** que bajo condiciones de máxima eficiencia y rapidez lleve a la emisión de un laudo arbitral que sea susceptible de ejecución.

A continuación se analizan algunas de las cláusulas arbitrales patológicas más comunes y las graves distorsiones que su redacción produce.

### 3732 **Voluntad incierta de sometimiento a arbitraje**

Uno de los errores que más frecuentemente se encuentra en cláusulas patológicas es aquel producido por lo que se ha venido a denominar *litigation envy* o envidia a la jurisdicción, y ocurre cuando el redactor de una cláusula arbitral muestra **signos de reticencia** a abandonar la seguridad del juez natural, y quiere darle algo de protagonismo. Esta patología también se conoce como *sin of equivocation* en referencia a la incapacidad de la cláusula arbitral de reflejar una voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje.

### 3734 Las siguientes cláusulas son **ejemplos** de ello:

- «Cualquier disputa entre las partes surgida durante la vigencia del contrato se resolverá por medio de arbitraje ante la Corte de Arbitraje de Madrid. Cualquier disputa surgida tras la terminación del contrato por

cualquier causa se resolverá ante los tribunales de justicia de Madrid». En este supuesto, la demandante inició un arbitraje con el objeto de que se declarara conforme a derecho la resolución o terminación del contrato. La sociedad demandada objetó a la jurisdicción del árbitro por entender que dicha pretensión se ejercitaba una vez finalizado el contrato y que, por ende, su resolución correspondía a los juzgados y tribunales madrileños (y no al árbitro nombrado por la Corte de Arbitraje de Madrid). La parte demandante desistió entonces de su acción arbitral y acudió a los tribunales de justicia de Madrid, y ello no por convencimiento de la razón de la demandada, sino por razones de coste, tiempo, y seguridad jurídica, perdiendo así la oportunidad de litigar donde inicialmente había creído haber pactado.

- «Jurisdicción y Arbitraje. Para las cuestiones que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y aplicación de las manifestaciones y cláusulas de este documento, las partes, con renuncia expresa de su propio fuero se someten a los **tribunales, arbitraje y jueces** de Benidorm y su correspondiente línea jerárquica superior». En esta cláusula cabe identificar claramente la patología conocida como *sin of equivocation*. La demandante acudió a los juzgados de Benidorm (España) por entender que la alusión a arbitraje debía tratarse de una **errata**. La demandada formuló una excepción de sumisión a arbitraje. El Juzgado de Primera Instancia de Benidorm aceptó la existencia de un convenio arbitral, entendiendo que de esa cláusula «se desprende evidentemente que las partes han pactado una sumisión de las cuestiones litigiosas a los tribunales arbitrales y a los jueces de Benidorm, por lo que se indica expresamente que las partes deciden someter las cuestiones de conflicto en ese contrato de arbitraje» ( JPI Benidorm 29-3-01 ). La Audiencia Provincial de Alicante, sin embargo, consideró que la cláusula era **notoriamente ambigua** y que de esta no podía inferirse una inequívoca expresión de la voluntad de someterse a arbitraje. Por tanto, desestimó la excepción de arbitraje y entró a conocer del fondo del asunto ( AP Alicante 24-10-01, EDJ 51016 ).
- «Cláusula XVIII. Arbitraje. Cualquier divergencia que pueda surgir entre las partes respecto a la interpretación o cumplimiento de las estipulaciones que integran este contrato serán obligatoriamente sometidas a **arbitraje de equidad** que se celebrará en Madrid. Cláusula XIX. No obstante el procedimiento arbitral establecido en la estipulación anterior... se someten las partes con fuero propio a la jurisdicción y competencia de los **juzgados y tribunales** de Madrid». La Audiencia Provincial de Madrid tuvo la ocasión de pronunciarse sobre esta cláusula cuando resolvió la acción de anulación formulada contra el laudo que puso fin al procedimiento iniciado por una de las partes contratantes en sede arbitral. Dicha acción de anulación se basó parcialmente en la inexistencia del convenio arbitral por resultar **contradictorias** las cláusulas XVIII y XIX reproducidas, y no poderse inferir una voluntad clara de sometimiento a arbitraje. La acción de anulación fue desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid por entender que las cláusulas reseñadas no resultaban incompatibles entre sí, sino complementarias, y que era claro el sometimiento a arbitraje ( AP Madrid 2-2-01, EDJ 50675 ).

Todas estas cláusulas incluyen la misma patología, la de introducir una duda al respecto de la voluntad genuina de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria y acudir al arbitraje. Todas provocan la necesidad de interpretar la cláusula arbitral, ya sea por los tribunales de justicia o los tribunales arbitrales, y con ello, crean de forma innecesaria una incertidumbre que, como acabamos de ver, se puede saldar de forma muy dispar.

### 3735 Confusión en la identificación de la corte de arbitraje

Otra patología común y de efectos imprevisibles es la de someter la disputa a arbitraje institucional y a continuación errar en el nombre de la institución arbitral a la que las partes se someten. Ello puede plantear importantes dificultades a la hora de iniciar el arbitraje, e incluso en algunos casos puede determinar la total **ineficacia** de la cláusula arbitral o la necesidad de tramitar el arbitraje como un arbitraje *ad hoc* (justo lo que no quisieron las partes) por resultar imposible la identificación de la institución arbitral a la que las partes se referían.

### 3737 Pueden citarse los siguientes ejemplos:

- «Para la solución de cualquier litigio o diferencia derivada del presente contrato las partes se someten a arbitraje institucional del **Tribunal Arbitral de Madrid**, al que se le encarga la designación de árbitro único, obligándose desde ahora las partes al cumplimiento de la decisión arbitral que en su día se dicte». En Madrid no existe una institución arbitral denominada «Tribunal Arbitral de Madrid». En este caso, una de las partes interpuso una solicitud de arbitraje ante la **Corte de Arbitraje de Madrid**. La demandada impugnó la competencia de la corte sobre la base de considerar la cláusula patológica por defectuosa designación de la institución administradora del arbitraje, que en ningún caso, entendía, podía corresponder con la Corte de Arbitraje de Madrid. La demandada entendió que no era posible depurar la cláusula arbitral por contener defectos críticos que provocaban la invalidez de la misma. El árbitro reconoció la validez formal del acuerdo arbitral pero consideró la cláusula como patológica y por tanto ineficaz por referirse a una institución arbitral inexistente y resultar imposible su equiparación objetiva con la Corte de Arbitraje de Madrid. Por tanto, declaró la ausencia de jurisdicción y competencia del Árbitro para resolver el fondo de la controversia planteada ( TSJ Madrid 15-3-16, EDJ 50797 ; AP Madrid 31-5-05, EDJ 115277 ).
- «Todas las cuestiones que surjan por la interpretación y aplicación de estos estatutos, en las relaciones entre la sociedad y los socios y entre estos por su condición de tales, y en la medida en que los permitan las disposiciones vigentes, se someterán necesariamente al arbitraje institucional del **Tribunal Arbitral de**

**Cantabria**, encomendando al mismo la designación de árbitros y la administración del arbitraje, de acuerdo con su reglamento».

La Audiencia Provincial de Cantabria entendió que la inexistencia del Tribunal Arbitral de Cantabria, conducía a advertir que la disposición tenía por objeto una cosa o servicio imposible, y por tanto carecía de eficacia. Así pues, y dada la **inexistencia del organismo** encargado de administrar el arbitraje y designar a los árbitros, y la falta de normas legales o convencionales que regulen su sustitución, quedaba expedita para las partes la vía judicial ( AP Cantabria 23-7-07, EDJ 220806 ).

### 3739 Plazos excesivamente cortos

La totalidad de las legislaciones de arbitraje modernas, generalmente basadas en la Ley Modelo aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) el 21-7-1985, facultan a las partes para el **libre establecimiento** del plazo para dictar laudo y el *dies a quo* de ese plazo. Sin embargo en ocasiones esa facultad es utilizada de forma exagerada, y así la obsesión de los empresarios o abogados de obtener justicia rápida les lleva a veces a pactar plazos irrazonables que pueden poner en riesgo la viabilidad del arbitraje.

Analizamos un **ejemplo**:

«Las partes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación se resolverán definitivamente mediante arbitraje de Derecho por un árbitro único en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid. (...) El **plazo para dictar laudo** en este caso no excederá en ningún caso de un mes a contar desde la aceptación del árbitro».

En este caso, el propio demandante se percató de la imposibilidad de tramitar un arbitraje de forma plena con plazos tan cortos y en su solicitud de arbitraje solicitó que se modificara dicho plazo y se le concedieran al árbitro los 6 meses de plazo desde la contestación a la demanda que prevé la Ley de Arbitraje. Desafortunadamente el demandado, que tenía una clara intención de adoptar un comportamiento obstruccionista, se opuso a una **modificación del plazo** para dictar laudo de mutuo acuerdo. Ello supuso enormes distorsiones en el procedimiento, comenzando por la localización de un árbitro que estuviera dispuesto a laudar con tan poco tiempo, y continuando por los exiguos plazos que se tuvieron que establecer para la tramitación del procedimiento y el dictado del laudo en plazo.

Si bien es cierto que dictar laudo fuera de plazo no es **motivo de anulación** en muchas jurisdicciones -aunque si lo es, como en el caso español que el procedimiento no se ajuste al acuerdo de las partes- los redactores de cláusulas arbitrales deberían intentar no «invitar» a una impugnación del laudo imponiendo plazos excesivamente cortos a las partes, a la corte de arbitraje o a los árbitros.

### 3740 Requisitos excesivamente exigentes sobre los árbitros

Antiguamente, muchas de las **cláusulas patológicas** lo eran por omisión. Frecuentemente nos encontrábamos con casos en los que la labor interpretativa que se exigía al árbitro, a la institución arbitral o a los jueces era prácticamente total. La cláusula se limitaba a someter a arbitraje la controversia pero guardaba silencio sobre el resto de los detalles (si es arbitraje de derecho o de equidad, *ad hoc* o institucional, el idioma del arbitraje, su sede, etc.).

Hoy en día, sin embargo, las patologías se producen precisamente por lo contrario. En ocasiones da la sensación de que los redactores de las cláusulas arbitrales dan rienda suelta a su creatividad cuando la redactan, creyendo que cuanto **mayor complejidad** introduzcan, mejor van a proteger a su cliente. En la práctica, lo único que se suele conseguir con cláusulas complejas y supuestamente sofisticadas es entorpecer el procedimiento arbitral y poner en riesgo su viabilidad.

Esta tendencia es especialmente notable en los **requisitos** que se exigen a los **árbitros** para poder actuar como tales en un caso concreto. Una cualificación acumulativa por razón de nacionalidad, idiomas y especialización puede desembocar en la ausencia de candidatos o en la demora del procedimiento que su búsqueda puede producir. Eso es exactamente lo que sucedió en el caso relatado a continuación:

«El árbitro no podrá tener la **nacionalidad** de ninguna de las partes [española y francesa], debe ostentar el **título** de licenciado en Derecho en España y dominar suficientemente los **idiomas** inglés y español. Además, el árbitro debe tener al menos 15 años de **experiencia** como abogado y ser un profesional de prestigio en el sector de la ingeniería química».

En este caso resultaba bastante evidente que la cláusula se redactó pensando en una **persona concreta**, que en el momento en el que se inició el procedimiento arbitral tenía una edad muy avanzada que le impedía hacerse cargo del caso. Los dos candidatos que la Corte de Arbitraje administradora del procedimiento pudo localizar rechazaron el nombramiento por tener conflicto de interés con las partes, por lo que finalmente, y a efectos de desbloquear la situación, las partes accedieron a relajar algunos de los requisitos y nombraron a un **árbitro de mutuo acuerdo**. Todo ello demoró el procedimiento en más de 8 meses.

### 3742 **Ámbito de aplicación de la cláusula arbitral dudosa**

Por último, una patología relativamente frecuente y muy problemática es la que se produce al respecto del ámbito de aplicación del convenio arbitral. Resulta evidente que la redacción de una cláusula arbitral determina necesariamente un análisis de las controversias que las partes quieren someter a arbitraje. Normalmente el pacto arbitral se produce con anterioridad al surgimiento de la controversia, por lo que suele ser recomendable que el ámbito de aplicación de la cláusula sea lo más amplio posible, al efecto de tener la certeza de que la controversia tiene cobertura en la cláusula.

Una **redacción restrictiva o defectuosa** de la cláusula arbitral puede provocar que determinadas disputas que las partes querían someter a arbitraje queden excluidas de su ámbito:

«Las partes **someten la interpretación** del presente contrato a la decisión de 3 árbitros con arreglo a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional».

En este caso, una parte interpuso una demanda ante la jurisdicción ordinaria en reclamación de daños por incumplimiento del contrato por entender que lo único que se sujetó a arbitraje fue la interpretación del contrato, pero no su **ejecución** o el **cumplimiento o incumplimiento** de las obligaciones contractuales establecidas entre las partes. El demandando excepcionó sumisión a arbitraje al realizar una interpretación más amplia y no literal de la cláusula arbitral.

El juez de primera instancia desestimó la **excepción de sumisión a arbitraje** ( JPI Tremp 28-1-99 ). Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Lleida la revocó y estimó la excepción de la cuestión litigiosa a arbitraje ( AP Lérida 29-6-01, EDJ 10750 ). Ello provocó que el caso llegara al Tribunal Supremo que, resolviendo el recurso de casación interpuesto, entendió que no resultaba necesaria interpretación de la cláusula arbitral invocada, cuyo tenor literal era claro al establecer que el ámbito del pacto a arbitraje se circunscribía a la **interpretación del contrato** y no a su incumplimiento. Por tanto, y toda vez que el demandante no persiguió una interpretación del contrato cuando acudió a los tribunales ordinarios sino cuestión distinta, debía desestimarse la excepción de arbitraje ( TS 5-9-06, EDJ 265955 ).

En equivalentes términos se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid al respecto de una cláusula muy parecida a la analizada por el Tribunal Supremo. En este caso, estimó una **acción de anulación** de laudo parcial relativo a competencia en el que un tribunal arbitral se había entendido competente para conocer de una reclamación en la que se solicitaba una declaración de incumplimiento de contrato. Se entendió que, cuando un convenio arbitral somete a arbitraje las disputas relativas a la interpretación de un contrato, excluye las relativas a su incumplimiento ( AP Madrid 13-7-01, EDJ 258189 ).

3744 No obstante, no cabe entender que este sea el criterio imperante de los tribunales españoles. Otros tribunales enfrentados con una cuestión parecida han resuelto de forma antagónica. Así por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona entendió que una cláusula arbitral que sometía a arbitraje «toda duda o divergencia al respecto de la interpretación de un contrato de obra» debía ser interpretada **de forma flexible**, en el sentido de incluir la totalidad de las dudas o divergencias que puedan surgir en el contrato, sin que el hecho de que se aluda a la palabra interpretación anule o limite dicha sumisión ( AP Barcelona 8-11-02, EDJ 292480 ).

Del mismo modo, diversas audiencias provinciales ( AP Zaragoza 12-2-10, EDJ 120858 ; AP Sta. Cruz de Tenerife 6-7-10, EDJ 276837 ; AP Castellón 22-2-11, EDJ 59642 ; AP Asturias 13-10-11, EDJ 260095 ) han reiterado recientemente que el hecho de que la cláusula arbitral **no se refiera expresamente a la validez** del contrato no es óbice para que las nulidades de estos sean conocidas y resueltas por los árbitros. Así, se establece que la actividad interpretativa de un contrato comprende sin duda la dirigida a evaluar su validez desde la perspectiva de normas de Derecho imperativo y, habiendo sometido las partes a arbitraje todas los conflictos o controversias que pudieran derivarse del contrato, debe entenderse que la voluntad de los contratantes fue la de que **toda cuestión controvertida** que pudiera ocasionar dicho contrato habría de ser dilucidada por el arbitraje corporativo al que se sometían expresamente, con exclusión de los tribunales de justicia ( AP Barcelona auto 19-12-11, EDJ 311792 ).

Igualmente, el Tribunal Supremo, en resoluciones más recientes, ha mantenido una **interpretación más laxa** y no estrictamente literal de la cláusula arbitral ( TS 11-2-10, EDJ 37583 ).

Todas las cláusulas analizadas tienen una cosa en común: que sus redactores arrastraron a las partes a una batalla judicial de años de duración que pudiera haberse evitado fácilmente, prestando un poco más de atención a las consecuencias que podían derivarse de una redacción descuidada, oscura o ambigua.

Una forma de evitar las constantes complicaciones y dificultades causadas por las cláusulas patológicas es utilizar las **cláusulas «modelo»** que las instituciones arbitrales suelen recomendar y que se caracterizan por su sencillez y claridad. Estos modelos suelen ser lo suficientemente flexibles para permitir una adaptación total tanto a los casos más sencillos como a los más complejos.

Por ejemplo, la cláusula modelo de la Corte de Arbitraje de Madrid: «Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su **existencia, validez o terminación**, será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de Derecho/equidad], administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial



de Comercio e Industria de Madrid, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [tres/un único] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad+país]».

### 3750 Efectos del convenio arbitral

Dos son los efectos típicos del convenio arbitral válido:

**a) La eficacia positiva:** el deber de las partes de hacer cuanto sea necesario para que, surgida la controversia, pueda ser resuelta mediante arbitraje, otorgando la competencia objetiva para resolver dicha controversia a los árbitros.

**b) La eficacia negativa:** la capacidad de excluir -sobreseyéndolo- un proceso judicial que se incoara sobre una material válidamente sometida a arbitraje. Es decir, la obligación de los tribunales de abstenerse de conocer de las controversias contempladas en un convenio arbitral.

Las dos son manifestaciones procesales del mismo compromiso; el que las partes asumen de iniciar un arbitraje si existe controversia; y el abstenerse de deducir esa controversia ante los jueces ordinarios.

El efecto negativo del convenio arbitral **aparece** en la L 60/2003 que establece que en los asuntos que se rijan por dicha Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta así lo disponga ( L 60/2003 art.7 ).

De forma similar, se dispone que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante **declinatoria** ( L 60/2003 art.11.1; AP León 25-4-16, EDJ 69170 ; AP Gipuzkoa 22-1-16, EDJ 32591 ; AP Barcelona 23-12-15, EDJ 273071 ; AP Madrid 16-10-15, EDJ 208927 ).

#### Precisiones

El **efecto negativo** del convenio arbitral **se configura** pues en la L 60/2003 como una facultad al servicio de quienes se sometieron voluntariamente a arbitraje. Así pues, el hecho de que exista un convenio arbitral **no impide** *per se* al demandante **iniciar un procedimiento** ante la jurisdicción ordinaria. La existencia de un pacto arbitral lo único que otorga al demandando un derecho para desactivar la eficacia del procedimiento judicial iniciado mediante el ejercicio de una declinatoria de jurisdicción por sometimiento a arbitraje. Le otorga pues, un derecho a elegir entre hacer respetar lo pactado o aceptar el nuevo sistema de resolución de conflictos que le ofrece el demandante (acudir a los tribunales ordinarios) y que coincide con el que naturalmente operaría de no existir el cláusula de elección de foro. Por lo tanto, si quien es parte de un convenio arbitral es demandado ante un juzgado civil y a pesar de mediar un convenio arbitral opta por **no formular** en tiempo y forma la **excepción de arbitraje**, se entenderá que ha aceptado tácitamente la jurisdicción civil y por tanto que ha renunciado al convenio arbitral.

3752 Lo expuesto debe ponerse en relación con la norma que establece que los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia **competencia**, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia ( L 60/2003 art.22 ). A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

De esta forma se consagran dos **principios fundamentales** en Derecho arbitral:

- el conocido como *Kompetenz Kompetenz*, que implica que los árbitros deben ser los primeros (no los únicos) en **conocer sobre su propia competencia**, reservándose el control judicial de dicha competencia a un estadio post-arbitral (ejecución de laudo o acción de anulación) ( TSJ Cataluña 11-2-16, EDJ 33151 ; TSJ Andalucía 28-4-15, EDJ 145595 ; TSJ Madrid 13-1-15, EDJ 5832 ); y

- el principio de **separabilidad**, que tiene como consecuencia fundamental que la cláusula de arbitraje no resulta afectada por acontecimientos referidos al contrato principal, incluido su resolución por una de las partes o su alegada nulidad ( TSJ Madrid 12-5-15, EDJ 105780 ; TSJ Cataluña 16-4-15, EDJ 90497 ; TSJ Extremadura 3-7-14, EDJ 122754 ).

#### Precisiones

La cuestión relativa a si la cláusula contractual recogida en el contrato **contiene o no una cláusula arbitral**, y si esta es o no válida, y en consecuencia si el arbitraje se ha constituido o no válidamente, son cuestiones que deben ser resueltas por el propio árbitro, sin perjuicio de la posibilidad de plantear tal cuestión en vía jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción de anulación prevista en Ley de arbitraje. Una vez **iniciado el procedimiento arbitral**, ha de ser en su seno donde se debata y resuelva sobre la existencia de cláusula arbitral y su validez; por ello si una

vez iniciado el procedimiento arbitral se formula demanda, no cabrá resolver sobre la existencia o inexistencia de la cláusula arbitral en el proceso judicial entablado, dado que tal cuestión deberá ser planteada y resuelta en el proceso arbitral ( AP Madrid auto 8-3-10, EDJ 89695 ; 5-5-10, EDJ 136684 ).

## B. Árbitros

3755	1. Requisitos	3757
	2. Independencia e imparcialidad	3759
	3. Recusación de los árbitros	3775
	4. Nombramiento	3790
	5. Responsabilidad	3805

### 1. Requisitos

(L 60/2003 art.13 y 15 )

**3757** Como **regla general**, pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

A estos requisitos generales habrá que **añadir**, además aquellos requisitos que se deriven del hecho de que el arbitraje sea **de Derecho** y aquellos que tengan relación con la actuación como árbitro en un **caso concreto**, y que se refieren a su independencia e imparcialidad (nº 3759 ) y los que hayan actuado previamente como mediadores en la misma disputa.

Solo las **personas físicas** y no las jurídicas pueden actuar como árbitros, debiéndose considerar que el encargo arbitral se realiza *intuitu personae* y por ello no resulta posible su delegación ( AP Barcelona 15-6-04, EDJ 283527 ).

Ello no quiere decir que las partes no puedan someter sus controversias a **arbitraje administrado**, siendo las instituciones arbitrales indudablemente personas jurídicas. Debe recordarse que estas como tales, no ejercerán funciones jurisdiccionales *per se*, sino que se limitan a administrar el arbitraje que será resuelto por la persona física que sea designada para actuar como árbitro.

De forma similar, tampoco esta restricción impide que se delegue en una persona jurídica (una corte de arbitraje, una asociación profesional o cualesquiera otras instituciones) el **nombramiento del árbitro**, ya que la participación de esas entidades se realizará no para juzgar, sino para actuar como autoridad nominadora, y en tal designar a la persona o personas físicas que actuarán como árbitros.

**3758** Los árbitros, además deben hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, lo que parece equivalente a exigir a los árbitros que cuenten con una **capacidad de obrar** equivalente a la de una persona mayor de edad no incapacitada legalmente, y no deben estar afectados por **incompatibilidad legal** por virtud del ejercicio de una profesión específica o cargo. Sin ánimo de exhaustividad debe reseñarse que ciertos profesionales **tienen prohibida su actuación** como árbitros: los jueces ( LOPJ art.389 ), los fiscales ( L 50/1981 ), los miembros del Gobierno y los altos cargos ( L 3/2015 art.13 ) o los miembros del Consejo de Estado ( LO 3/1980 art.12 ).

A ellos hay que añadir los **miembros de las cortes de arbitraje** que, siguiendo las recomendaciones establecidas en el Código de Buenas Prácticas Arbitrales publicado por el Club Español del Arbitraje han adoptado los máximos estándares de transparencia y que, estatutariamente, y establecen incompatibilidades para actuar como árbitro en arbitrajes administrados por la institución arbitral.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, tampoco pueden actuar como tales si anteriormente lo han hecho como **mediadores en el mismo conflicto**.

Finalmente, y para el caso de que se trate de **arbitraje de Derecho**, se exige que, en caso de árbitro único, este tenga la condición de jurista, y que al menos uno de los tres árbitros que compongan un tribunal arbitral que resuelva en derecho lo sea.

### Precisiones

Si bien la elección de un concepto jurídico indeterminado como «**jurista**» no está exenta de controversia en la práctica (quizá hubiera sido más acertado hablar de licenciado en Derecho o equivalente), al menos dicha acepción es más amplia que la que regía con anterioridad a la reforma de la L 11/2011 , y que exigía la condición de abogado en ejercicio para la tramitación de arbitrajes de Derecho, lo que impedía que profesionales jurídicos sobradamente cualificados como notarios, registradores, profesores de universidad o magistrados retirados pudieran arbitrar en Derecho.

## 2. Independencia e imparcialidad

(L. 60/2003 art.17)

**3759** Todo árbitro debe ser, y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial, concretando que, en todo caso, no podrá mantener con las partes **relación personal, profesional o comercial**.

Esta obligación impuesta a los árbitros se traduce asimismo en otro deber, el de **revelar sus circunstancias** respecto de las partes y del objeto de la contienda que puedan generar dudas sobre su idoneidad para el cargo. Así, se establece que la persona propuesta para ser árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a **dudas justificadas** sobre su imparcialidad o independencia y que, en cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

Este **deber de revelación** es cumplimentado por los árbitros al aceptar su nombramiento mediante la emisión de lo que se conoce como una **declaración** de independencia e imparcialidad.

A pesar de que la Ley no impone un formato específico para realizar dicha declaración, las cortes arbitrales de prestigio como la de la CCI o la Corte de Arbitraje de Madrid suelen contar con un **formulario** a rellenar por el árbitro y en el que este:

- acepta actuar con árbitro;
- confirma su aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos establecidos en el Reglamento de la Corte y, en su caso, el convenio arbitral;
- declarar poseer las cualificaciones necesarias para actuar como árbitro, de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la Corte y no estar impedido *de iure* o *de facto* para el ejercicio de sus funciones como árbitro;
- declara ser independiente e imparcial de cada una de las partes y de sus representantes y tener la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje, y, en su caso, y a pesar de entender que no afectan a su independencia o imparcialidad procede a revelar una serie de circunstancias que entiende deben estar en conocimiento de las partes por potencialmente poder ser generadoras de un conflicto de interés; y
- se compromete a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

**3760**

### Precisiones

**1)** Los requisitos de independencia e imparcialidad se configuran, junto con la voluntad de las partes, como la **pedra angular del arbitraje**, siendo consustancial a la misma esencia de la institución. Si los árbitros no son independientes e imparciales, entonces el legislador no puede permitir que ejerzan funciones jurisdiccionales, ni equiparar sus resoluciones a la de los jueces, ni admitir su ejecución dentro y fuera de sus fronteras sin más examen previo que el formal. La **confianza de los operadores jurídicos** en el arbitraje depende de forma principal en que no tengan dudas al respecto de que los árbitros son independientes y fallan imparcialmente.

**2)** Los problemas relativos a los **conflictos de intereses** suponen un reto cada vez mayor para el **arbitraje internacional**. El desarrollo del comercio internacional y la forma globalizada de hacer negocios ha determinado que los vínculos que se crean entre las empresas, sus grupos y los profesionales del derecho -especialmente los grandes bufetes internacionales- sean cada vez más complejos. Ello ha generado conflictos de intereses cada vez más difíciles de resolver y ha incrementado notablemente el número de hechos o circunstancias que el árbitro debe revelar.

Como consecuencia de todo ello el árbitro se encuentra cada vez más confuso a la hora de decidir los hechos o **circunstancias que debe poner de manifiesto**, existiendo grandes diferencias de criterio entre unos árbitros y otros, lo cual genera distorsiones graves en el arbitraje internacional, que afectan a su imagen y dañan su debida transparencia.

Por todo ello, resulta necesario establecer unos **estándares de conflicto de interés** homogéneos y claros que la comunidad arbitral doméstica e internacional pueda utilizar a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir sobre las recusaciones de estos.

**3761** La Ley no incluye una regulación precisa de las **causas de abstención y recusación** de los árbitros, únicamente dispone que no les son de aplicación las causas recogidas en la LOPJ art.219 , aplicables a los jueces.

Este silencio legislativo pone de manifiesto una importante dificultad a la hora de identificar cuáles son las **relaciones personales, profesionales o comerciales** sobre las que exitosamente puede pivotar la recusación y para determinar cuándo un árbitro puede adolecer de parcialidad. Tampoco distingue la Ley de arbitraje entre los árbitros designados por las partes y aquellos designados por una institución arbitral, entidad nominadora o los dos árbitros nombrados

por las partes. Se limita a utilizar el vocablo genérico «los árbitros» sin introducir diferentes grados de independencia e imparcialidad.

La **imparcialidad** supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar fundamentadamente de que el árbitro recusado puede desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral.

Al haber acudido la Ley a una fórmula general, si se entendiesen las relaciones comerciales y profesionales ( L 60/2003 art.17.1 ) en un sentido amplio, es decir, como sinónimo de que el árbitro ha de carecer de **cualquier tipo de relación previa** con las partes y/o sus defensores, se podría llegar a la conclusión de que cualquier tipo de relación, aun cuando fuese episódica, incidental o intrascendente a efectos del desempeño de su misión como árbitro, sería por sí sola motivo de recusación, lo cual obviamente no es así, desde el momento en que el legislador indica que han de concurrir circunstancias que den lugar a **dudas justificadas**, por lo cual no basta con acreditar la existencia de algún tipo de vínculo entre el árbitro y los intervinientes en el proceso, debiendo analizarse caso por caso si las relaciones o circunstancias puestas de manifiesto son de suficiente entidad para dudar de la imparcialidad u objetividad del árbitro recusado, esto es, si las circunstancias concurrentes permiten sostener fundamentadamente que en el desempeño del arbitraje, el árbitro puede actuar con **predisposición a favor o en contra** de alguna de las partes, o bien que podría no conducirse de forma ecuaníme y objetiva a la hora de resolver las cuestiones que le son formuladas.

3762

#### Precisiones

**1)** No se trata de determinar si el recusado actuará en concreto y de hecho vulnerando la objetividad y justicia que ha de presidir su actuación arbitral, sino de determinar si las circunstancias que concurren hacen que su ecuanimidad pueda ser **fundadamente puesta en tela de juicio**, de tal manera que, con independencia de que objetivamente pueda actuar con imparcialidad y justicia, el recusante tenga **motivos para dudar** de que sus decisiones están condicionadas o guiadas por sus relaciones con la parte contraria, ya que la cuestión radica en determinar si el árbitro reúne los requisitos precisos para entender garantizado el derecho a un juez imparcial ( AP Madrid 30-6-11, EDJ 218937 ).

**2)** La independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las **relaciones del árbitro con las partes**, mientras que la imparcialidad apunta más a una **actitud del árbitro** necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar. Ahora bien, el requisito de la independencia no garantiza en sí mismo la imparcialidad del árbitro, ya que incluso un árbitro independiente puede ser parcial ( AP Madrid 5-5-08, EDJ 79322 ; 13-6-07, EDJ 180368 ; 22-9-10, EDJ 281732 ).

**3)** La imparcialidad tiene que ver un **estado de la mente del árbitro** que determina su conducta y le hace actuar libre de favoritismos, preferencias, predilecciones y prejuicios. En este sentido, la imparcialidad objetiva antecede a la subjetiva ( AP Madrid 21-6-11, EDJ 185683 ), pues constituye un presupuesto de la válida designación del árbitro, en cuanto alude a la relación existente entre la persona del árbitro y lo que es objeto del procedimiento arbitral, buscando la ausencia de todo vínculo entre una y otro, de modo que se garantice una actuación arbitral no mediatizada por las prevenciones o los prejuicios derivados de cualquier relación o contacto entre el árbitro y una de las partes o, de la materia arbitrable.

**4)** Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha declarado ( AP Madrid 30-6-11, EDJ 218937 ) que **falta independencia** cuando concurren conjuntamente los siguientes hechos:

- el consejero delegado de la firma de abogados de una de las partes ha sido becario del presidente del tribunal arbitral hacía más de 30 años;
- este árbitro manifiesta mantener relaciones de amistad con algunos abogados de ese mismo despacho profesional;
- ha dedicado un libro años atrás al socio fundador de ese despacho; y
- el árbitro ha emitido informes sobre otras cuestiones para una de las partes en el pasado.

Todo ello constituye base suficiente para anular un laudo por falta de independencia del árbitro, máxime cuando dicho árbitro no había revelado estas circunstancias al aceptar el arbitraje.

Sin embargo en otros pronunciamientos jurisprudenciales se ha considerado ( AP Madrid 12-12-11, EDJ 317114 ) que el hecho de haber actuado como árbitro **en otros procedimientos arbitrales** no es causa suficiente para dudar de la imparcialidad de un árbitro, o que la existencia de conversaciones que dieron lugar a la integración del despacho de abogados de uno de los árbitros con el de una de las partes, no afectaba a la independencia del árbitro, dado que dichas conservaciones tuvieron lugar con posterioridad a que el laudo fuera sometido al escrutinio de la corte administradora del arbitraje ( AP Madrid 5-5-08, EDJ 79322 ).

### 3764 Directrices de la International Bar Association

Conscientes de la importancia de la materia, y sobre todo de la falta de claridad y uniformidad de los principios éticos que deberían gobernar las obligaciones de los árbitros en el ejercicio de su cargo, varias **asociaciones arbitrales** de prestigio han publicado directrices sobre el particular.

Las **recomendaciones más utilizadas** internacionalmente son las Directrices de la *International Bar Association* sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional (octubre 2014; pendientes de revisión). Estas directrices no vinculantes establecen los siguientes **principios generales**:

**a)** Todo árbitro debe ser **imparcial e independiente** de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y debe permanecer así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

**b)** El árbitro no debe aceptar su designación si tiene **dudas** acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgen dudas una vez comenzado el procedimiento, debe negarse a seguir actuando como árbitro. Rige el mismo principio si existen, o han surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

**c)** Son consideradas **justificadas** aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría **verse influida** por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.

La gran aportación de estas Directrices es que listan en 3 categorías una serie de **situaciones factibles de presentarse** en la práctica actual del arbitraje que potencialmente pudieran afectar a la independencia e imparcialidad de los árbitros, estableciendo la necesidad o no de su revelación. Aunque, lógicamente, las listas no abarcan todas las situaciones que se pueden dar, sirven de guía en muchas situaciones, ya que pretenden ser lo más exhaustivas posible.

### 3765 Listado rojo

El listado rojo contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, de concurrir, una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales consideraría que el árbitro se vería afectado por un **conflicto de interés** y, por tanto existirían dudas sobre su independencia e imparcialidad.

Consta de dos partes: el listado rojo irrenunciable y el listado rojo renunciabile.

**a)** El listado rojo **irrenunciable** incluye situaciones que de darse, **obligarían necesariamente** al árbitro a rechazar el nombramiento o separarse de este en caso de que acaezcan sobrevenidamente, con independencia de que las partes las conozcan o no, y que se basan en el principio universal de que nadie puede ser juez y parte en la resolución de una disputa. Entre otras se incluyen situaciones tales como que se de una identidad entre una de las partes y el árbitro o que el árbitro sea miembro del consejo de administración de una de las partes o que el árbitro tenga un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro, o que el árbitro asesore con regularidad a la parte que lo designó.

**b)** El listado rojo **renunciabile** incluye situaciones que **pudieran ser salvadas** en caso de que las partes, conocedoras del conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe o continúe desempeñando funciones de árbitro. Entre otras se mencionan:

- Relaciones que el árbitro pudiera tener con la **controversia**, como por ejemplo que el árbitro haya asesorado a una de las partes o a alguna de sus filiales al respecto de la disputa concreta o haya emitido un informe o dictamen sobre esta.
- El **interés económico**, directo o indirecto, del árbitro en la controversia refiriéndose a situaciones tales como que el árbitro sea socio directo o indirecto de una de las partes o sus filiales, o que un pariente cercano del árbitro tenga interés económico significativo en el resultado de la controversia.
- Las relaciones del árbitro con las **partes o sus abogados**, reseñándose situaciones tales como que el árbitro represente o asesore en ese momento a una parte, a una de sus filiales, o al abogado de una de las partes, o que el árbitro pertenezca al mismo despacho profesional que alguno de los abogados.

### 3767 Listado naranja

Contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, **dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares** del caso, pudieran, a la vista de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Por este motivo dichas circunstancias, de darse, deben ser **reveladas por el árbitro**. En todos estos casos se entenderá que las partes **aceptan al árbitro** si, habiendo este revelado los hechos o circunstancias que proceda, las partes no hacen uso de su derecho de recusar al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto.

El listado naranja distingue entre varias **categorías**:

**a) Servicios profesionales** prestados a una de las partes **con anterioridad al arbitraje** u otro tipo de intervención, como por ejemplo:

- que no existiendo relación en el momento de la aceptación, el árbitro o el despacho de abogados al que pertenece haya asesorado a alguna de las partes o a sus filiales en los últimos 3 años;
- que el árbitro haya sido designado árbitro en los últimos 3 años más de 2 veces por una de las partes intervinientes en el arbitraje; o
- que el árbitro esté en ese momento actuando como árbitro (o la haya hecho en los últimos 3 años) en otro arbitraje relacionado con el que atañe a su nombramiento y en el que también interviene una de las partes o sus filiales.

**b) Servicios profesionales** prestados a una de las partes **en la actualidad**, incluyendo situaciones como:

- que el despacho de abogados preste en la actualidad asesoramiento profesional a una de las partes sin que el árbitro esté interviniendo en la prestación de ese asesoramiento y sin que dicha relación comercial pueda considerarse significativa en lo que respecta a los beneficios totales del despacho de abogados en cuestión; o
- que un despacho de abogados que comparte ganancias u honorarios con el despacho profesional del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de estas.

**c) Relaciones entre árbitros** de un mismo procedimiento o **entre un árbitro y el abogado** de alguna de las partes, entre las que se hacen referencia a circunstancias tales como:

- que 2 de los árbitros pertenezcan al mismo despacho profesional;
- que el árbitro haya estado asociado en los últimos 3 años con otro árbitro o con el abogado de alguna de las partes;
- que un abogado del despacho profesional al que pertenece el árbitro está a su vez actuando como árbitro en el que intervienen alguna de las partes o sus filiales;
- que un pariente cercano del árbitro es socio o empleado en el despacho profesional de alguno de los abogados intervinientes en el arbitraje;
- que exista una relación de amistad estrecha entre el árbitro y el abogado de una de las partes; o
- que, en los últimos 3 años, el árbitro haya sido designado por el abogado de alguna de las partes o sus despachos profesionales en más de tres ocasiones.

**3769 d) Relación** entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje, entre las que se enumeran:

- que el despacho de abogados al que pertenece el árbitro esté actuando en contra de alguna de las partes o de sus filiales;
- que el árbitro haya sido empleado o socio de alguna de las partes en los últimos 3 años;
- que exista una amistad estrecha entre el árbitro y el administrador, gerente o un miembro del comité de vigilancia de las partes o de sus filiales; o
- que el árbitro hubiera sido antes juez y en los últimos 3 años hubiera conocido de un procedimiento judicial relevante en el que hubiera intervenido alguna de las partes.

**e) Otras circunstancias**, tales como:

- que el árbitro sea accionista de una de las partes o de sus filiales si estas cotizan en Bolsa y el árbitro posea un paquete accionario relevante;
- que el árbitro tenga un cargo institucional en una corte de arbitraje que le faculta a nombrar árbitros; o
- que el árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto del objeto del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma.

Al respecto de este listado naranja, y como las propias directrices especifican, debe enfatizarse el hecho de que revelar hechos o circunstancias no tiene por qué conducir automáticamente a la **descalificación del árbitro**. Es decir, no debe asumirse la descalificación del árbitro por el simple hecho de revelar circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad o independencia.

La **finalidad** es informar a las partes acerca de situaciones sobre las que ellas posiblemente quieran realizar **averiguaciones adicionales** para poder decidir de manera objetiva -como lo haría cualquier persona prudente que estuviera enterada de los hechos principales- si efectivamente existen dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Si la conclusión a la que se llega es que no hay tales dudas, el árbitro podrá desempeñar las funciones de árbitro sin reparo. También podrá desempeñar estas funciones si las partes **no presentan ninguna**

**objeción** dentro del plazo establecido a tal efecto, o si las partes explícitamente aceptan al árbitro ( AP Madrid Secc 12ª 30-6-11 ).

### 3770 Listado verde

Contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, **no son susceptibles de crear** ni crean un conflicto de intereses. Por esta razón, **no se impone una obligación de revelación** al árbitro.

Entre las **circunstancias** listadas en esta categoría encontramos, entre otras:

- que el árbitro haya expresado en público (por ejemplo en un artículo doctrinal) una opinión sobre una cuestión en materia del arbitraje, siempre que dicha opinión no se refiera particularmente al arbitraje en cuestión;
- que los árbitros y los abogados o las partes pertenezcan a la misma asociación profesional;
- que más de 3 años antes, el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro hayan desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados;
- que el árbitro sea accionista de una de las partes o de sus filiales, siempre que se trate de sociedades públicas que coticen en Bolsa y la cantidad de acciones que posea el árbitro sea insignificante;
- que el árbitro da clases en la misma facultad o escuela que otro árbitro o abogado de una de las partes;
- que el árbitro tiene una relación con una de las partes o con sus afiliadas a través de una red social.

Las Directrices de la *International Bar Association* sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional son habitualmente utilizadas como **guía o referencia** por los tribunales de justicia españoles ( TSJ Madrid 14-4-16, EDJ 67624 ; 17-9-15, EDJ 180105 ; 28-1-15, EDJ 20804 ).

### 3772 Recomendaciones del Club Español del Arbitraje

Dentro del ámbito del **arbitraje doméstico** debe hacerse referencia también a las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros (2008).

Similares en **contenido** a la Directrices de la *International Bar Association*, estas Recomendaciones listan una serie de **motivos de abstención** que obligarían a un árbitro a rechazar el nombramiento (sin distinguir entre renunciante por las partes y no renunciante), un elenco de **circunstancias que el árbitro debe revelar** y unos ejemplos de circunstancias que no precisan ser reveladas.

Además, estas recomendaciones incluyen algunas **definiciones útiles**, como la definición de «parte» que es considerada de forma muy amplia. Así, si se trata de una parte persona jurídica se incluye a las sociedades o personas sobre las que se ostente una participación mayoritaria o control así como las sociedades que en dicha parte ostenten una participación mayoritaria o control. Si se trata de una persona física se entienden incluidos sus familiares cercanos (cónyuges y descendientes directos). Se clarifica además, que a la hora de analizar las **relaciones comerciales y profesionales** que invalidan la posibilidad de aceptar un arbitraje se deben tomar en cuenta no solo aquellas que el árbitro mantenga directamente sino también aquellas que este realice mediante persona interpuesta o sociedad sobre la que ejerza un control.

Asimismo y además del deber de revelación, se hace expresa referencia a la prohibición de que el árbitro mantenga **comunicaciones unilaterales** con las partes (exceptuándose los contactos necesarios a los efectos de proceder a la designación del árbitro).

#### Precisiones

Algunos de los criterios establecidos en estas recomendaciones han sido **refrendados por la jurisprudencia** española. Así, en aplicación de las mismas, en un supuesto en el que se pretendió atacar la independencia e imparcialidad del árbitro por ser vicepresidente de una asociación profesional, en la que era secretario el abogado de una de las partes, se consideró que los motivos de recusación alegados no permitían deducir un quebranto de la imparcialidad subjetiva ( AP Madrid 15-2-08, EDJ 28944 ).

### 3. Recusación de los árbitros

(L 60/2003 art.17.3)

### 3775 Un árbitro solo puede ser recusado por los siguientes **motivos**:

- si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su **imparcialidad o independencia**; o

- si carece de las **cualificaciones** convenidas por las partes.

Fuera de estos casos, no cabe plantear recusación alguna.

Solo se puede recusar al **árbitro nombrado por una de las partes**, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación. Esta previsión legal ha tenido el refrendo jurisprudencial ( AP Zaragoza 2-2-09, EDJ 49473 ) que ha dispuesto que cuando un árbitro ha sido **nombrado de mutuo acuerdo**, una de las partes no puede más tarde proceder a su recusación alegando una supuesta falta de capacidad del árbitro o que debe denegarse la recusación si los motivos que la eran conocidos por la parte recusante en el momento en que la parte procedió a nombrar al árbitro ( AP Barcelona 5-5-09, EDJ 230146 ).

#### Precisiones

Llama la atención a este respecto una resolución en la que, en un supuesto en el que un árbitro había sido **condenado penalmente**, por sentencia firme, en tres procedimientos penales por delitos de apropiación indebida, estafa y deslealtad profesional, no estima la recusación planteada por entender que, en el momento de su nombramiento se había extinguido su responsabilidad penal por lo que, al margen de cualquier consideración de tipo ético o moral, los antecedentes penales que aun pudiera tener en vigor el árbitro no afectaban a su capacidad legal para serlo ni constituían **causa de abstención o recusación** en la medida en que por sí mismos no comprometían la imparcialidad e independencia del árbitro, pues en ninguno de aquellos procesos se vio involucrada o afectada directa o indirectamente alguna de las partes del arbitraje ( AP Las Palmas 23-3-09, EDJ 87724 ).

#### 3777 Dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad

La Ley no explicita lo que debe entenderse por «dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad» de un profesional por lo que **para clarificarlo** habrá que acudir tanto a la jurisprudencia ( TSJ Madrid 2-9-15, EDJ 177423 ; 26-5-15, EDJ 147216 ; 24-9-14, EDJ 220776 ; 24-2-14, EDJ 180211 ; TSJ Cataluña 20-11-14, EDJ 235349 ; TSJ Canarias 29-4-14, EDJ 106701 ; TSJ Murcia 21-2-14, EDJ 33378 ; AP Madrid 15-9-08, EDJ 225443 ) como a la práctica arbitral recogida en Directrices como las de la International Bar Association (nº 3764 ) o las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje (nº 3772 ).

#### 3779 Carencia de la cualificación exigida

El segundo supuesto en el que las partes pueden formular recusación contra un árbitro -que no posea las cualificaciones convenidas por las partes- resulta mucho más sencillo de resolver y delimitar dado su **carácter objetivo**.

Se trata de casos, por ejemplo, en los que las partes pacten **arbitraje de Derecho** y el árbitro no tenga la condición de jurista (antes abogado en ejercicio) o que no posea la experiencia, especialización, nacionalidad o cualquier otra cualificación que las partes requirieron de sus juzgadores cuando pactaron arbitrajes.

La cualificación del árbitro designado debe ser fruto de un **acuerdo entre las partes**, no siendo suficiente para la recusación de un árbitro que una de las partes unilateralmente haya solicitado que el árbitro posea unos determinados conocimientos ( AP Barcelona 13-3-08, EDJ 99068 ).

#### 3780 Procedimiento

(L 60/2003 art.18)

Las partes pueden **acordar libremente** el procedimiento de recusación de los árbitros, ya sea directamente en la cláusula arbitral (en caso de arbitrajes *ad hoc*) o bien a través del sometimiento a un reglamento de arbitraje de una determinada corte de arbitraje que prevea un procedimiento de recusación determinado.

#### Precisiones

Por ejemplo: el Reglamento de la **Corte de Madrid** establece que la recusación de un árbitro debe formularse ante la Corte mediante un escrito y que salvo acuerdo en contra de las partes, corresponde a la Corte decidir sobre las recusaciones formuladas debiendo hacerlo de forma motivada.

El Reglamento de la **Corte de Arbitraje de la CCI** también otorga a la Corte la competencia para decidir sobre las recusaciones, pero se reserva el derecho a no comunicar las razones que motivaron la aceptación o rechazo de tal recusación.

Una previsión parecida encontramos en el Reglamento Arbitral de las **Cámaras Suizas** que también otorga a la Corte la competencia para decidir sobre la recusación y tampoco le impone la obligación de exponer las razones de su decisión.



El Reglamento de la **Corte de Arbitraje Internacional de Londres** (London Court of International Arbitration -LCIA-) y el Reglamento de la **Corte de Estocolmo** también atribuyen la competencia de resolver la recusación a la propia Corte, pero guardan silencio al respecto de su deber de motivar tal decisión. No obstante la experiencia en arbitrajes ante esas cortes parece corroborar que estas en efecto, motivan sus decisiones en materia de recusación.

En arbitraje interno, el Reglamento de la **Corte Civil y Mercantil de Arbitraje** (CIMA) otorga a los árbitros la facultad de decidir sobre las recusaciones que se planteen, sin precisar si lo deben hacer de forma motivada.

**3782** A **falta de acuerdo** de las partes y a falta de sometimiento a arbitraje institucional rige el procedimiento previsto en la L 60/2003, según la cual, la parte que recuse a un árbitro debe **exponer los motivos** dentro de los 15 días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponde a los árbitros decidir sobre esta ( L 60/2003 art.18.2 ).

Si **no prospera** la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al señalado en el párrafo anterior, la parte recusante puede, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo ( L 60/2003 art.18.3 ).

La L 60/2003 somete la **admisibilidad** de la recusación a que esta se formule en **plazo**. Por tanto, transcurrido el plazo sin que las partes hayan objetado al nombramiento de un árbitro, deberá entenderse que han aceptado tácitamente al árbitro ( TSJ Madrid 14-4-16, EDJ 67624 ; 3-11-15, EDJ 231513 ; 2-9-15, EDJ 177423 ; TSJ Cataluña 16-2-15, EDJ 29340 ; AP Madrid 25-11-08, EDJ 355394 ).

#### Precisiones

**1)** Debe reputarse como un **uso fraudulento** y contrario a la buena fe del mecanismo de la recusación que una parte, conociendo previamente una potencial causa de recusación de un árbitro, se la reserva para emplearla después de que recaiga la resolución de que trate, en caso de que la decisión arbitral le resulte desfavorable ( AP Sta. Cruz de Tenerife 14-2-07, EDJ 57078 ).

**2)** La **impugnación del laudo** sobre la base de la recusación de los árbitros también está sometida al requisito preclusivo de que, en efecto, la recusación se hubiera **planteado durante la tramitación** del procedimiento. Así lo ha confirmado la jurisprudencia, que ha desestimado varias acciones de anulación del laudo sobre la base de que durante el procedimiento no se formuló recusación de los árbitros, y disponiendo que el cauce adecuado para combatir situaciones de falta de imparcialidad o de independencia como las enjuiciadas no es otro que el de la recusación, y solo cuando se ha usado de la misma se puede cuestionar su desestimación a través de la acción de anulación del laudo ( AP Madrid 6-2-07, EDJ 52516 ; 25-11-08, EDJ 355394 ).

#### 4. Nombramiento

(L 60/2003 art.15)

**3790** Se otorga a las partes la **libertad de acordar el procedimiento** para la designación de los árbitros, ya sea haciéndolo constar expresamente en la cláusula arbitral o bien por sometimiento al reglamento de una corte de arbitraje.

El único **límite** impuesto por la ley es que el sistema de nombramiento de árbitros elegido no vulnere el principio de igualdad.

#### **3792** Nombramiento en arbitrajes administrados

La elección de los árbitros, como personas llamadas a resolver de forma definitiva una determinada controversia es una **cuestión esencial** en el arbitraje. Por ello, es generalizada la creencia de que un arbitraje es tan bueno como los árbitros encargados de su resolución.

Los reglamentos de todas las **cortes de arbitraje** de prestigio incluyen un sistema de nombramiento de árbitros que, en general, dan preponderancia a la libre elección de las partes y solo de forma subsidiaria prevén la intervención de la corte para designarlos (este es el caso, por ejemplo de los reglamentos de la Corte de Arbitraje de la CCI o de la Corte de Arbitraje de Madrid).

En el caso de que el arbitraje sea resuelto por un **árbitro único**, las partes suelen disponer de un plazo para alcanzar una designación de mutuo acuerdo. Transcurrido dicho plazo sin que el nombramiento se produzca es la corte de arbitraje la encargada de realizar el nombramiento.

Dentro de la libertad con la que cuentan las partes para nombrar árbitro, la mayoría de las cortes arbitrales prevén la posibilidad de que estas nombren a **cualquier profesional** que merezca su confianza, **figure o no** dentro de la **lista de árbitros** con los que habitualmente colabora la corte (es el caso de los reglamentos de la Corte de Arbitraje de la CCI o de la Corte de Arbitraje de Madrid; equivalentes previsiones reglamentarias se contienen en los reglamentos de las Cámaras Suizas o de la Corte de Arbitraje de Estocolmo).

Existen, sin embargo, algunas cortes de arbitraje que imponen a las partes que la elección del árbitro lo sea **dentro de la lista cerrada** de árbitros autorizados para actuar como tales ante esa determinada corte (es el caso del Reglamento de la CIMA).

En el caso de que el arbitraje deba ser resuelto por un **tribunal arbitral**, casi todos los reglamentos prevén que cada parte designe a un árbitro, y que el presidente del tribunal arbitral sea nombrado:

- por la corte (como en los reglamentos de la Corte de Arbitraje de Estocolmo o de la Corte de Arbitraje de la CCI); o
- por los co-árbitros nombrados por las partes (es el caso de los reglamentos de las Cámaras Suizas o de la Corte de Arbitraje de Madrid).

En todo caso, la corte debe nombrar todos los árbitros que las partes no designen.

Dentro de las **instituciones arbitrales españolas**, el Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) prevé una regulación similar, pero al igual que al regular la designación del árbitro único, exige que tanto los co-árbitros designados por las partes como el presidente del tribunal arbitral, nombrado por dichos co-árbitros sean árbitros de la Corte (sistema de **lista cerrada**).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que no todas las instituciones arbitrales prevén una fase de nombramiento de árbitro de mutuo acuerdo por las partes. Por su relevancia internacional debe hacerse referencia al Reglamento de la **Corte de Arbitraje Internacional de Londres** (LCIA) que, salvo acuerdo expreso en contra de las partes, atribuye a la Corte desde el principio la labor de designación de árbitros, ya sea árbitro único o tribunal arbitral.

**3794** En la **selección** de un **árbitro**, las partes, además de optar por profesionales independientes e imparciales deben tener en cuenta **otras circunstancias**, entre las que destacan:

- la **disponibilidad** del árbitro para tramitar de la forma más eficaz posible el arbitraje y emitir un laudo en el menor tiempo posible;
- su **especialización** en la materia objeto de arbitraje, y, en particular si cuenta con los conocimientos jurídicos necesarios y la experiencia necesaria en el sector económico afectado por la disputa;
- su dominio del **idioma** del arbitraje;
- su **conocimiento del** Derecho elegido por las partes como derecho aplicable; y
- su **nacionalidad** y cultura jurídica.

En lo que respecta a la elección de los árbitros por las partes, debe hacerse referencia al concepto de **confirmación de árbitros**, que se refiere a la facultad que casi todas cortes de arbitraje de prestigio se reservan de no aceptar la propuesta de nombramiento de un árbitro propuesto por las partes o por los co-árbitros nombrados por estas, en el caso de que la corte tenga razones para creer que en dicho árbitro designado por las partes concurre una circunstancia que puede afectar a su **idoneidad para actuar** como árbitro o le impida o dificulte gravemente cumplir con sus funciones de conformidad con el reglamento o dentro de los plazos establecidos (así se establece en los Reglamentos de la Corte de Arbitraje de la CCI o de la Corte de Arbitraje de Madrid).

En el caso en el que un árbitro propuesto por las partes **no obtenga la confirmación** de la corte, los reglamentos de la mayoría de las instituciones arbitrales prevén que la parte tiene la oportunidad de proponer a otro árbitro. De no obtener tampoco el segundo árbitro la confirmación de la corte, este será nombrado directamente por la institución arbitral.

**3795** Las cortes de arbitraje optan por distintos sistemas cuando deben proceder al nombramiento de árbitro. El principal de ellos es la **lista de árbitros**. Muchas instituciones arbitrales tienen una lista de árbitros a los que encomiendan los arbitrajes sometidos a su administración. Pero la forma de funcionamiento y utilización de esta lista varía de unas instituciones a otras.

Algunas de ellas ni siquiera tienen tal lista, por lo menos de forma oficial (como es el caso de la Corte de Arbitraje de la CCI) y acuden a sus comités nacionales en busca de **propuestas de candidatos**.

Otras tienen una **lista cerrada** de árbitros, siendo únicamente los incluidos en tal lista los que pueden realizar arbitrajes encomendados a la institución (este es el sistema de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y, en arbitraje interno, el sistema de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA).

Otras, en fin, tienen una **lista abierta** de árbitros en los que confían pero que no son los únicos que pueden realizar arbitrajes sometidos a la institución, pudiendo optar la corte por el nombramiento de un árbitro fuera de su lista si considera que es el más idóneo para tramitar y resolver una disputa en concreto (este el sistema de funcionamiento de la Corte de Arbitraje de Madrid).

A los efectos de elegir entre los profesionales disponibles para actuar como árbitro en un determinado procedimiento arbitral, la mayor parte de las instituciones arbitrales de prestigio cuentan con una **comisión, consejo o comité de designación** de árbitros al que se encomiendan los nombramientos de árbitros a cargo de la corte.

Existen, sin embargo, algunas instituciones, como la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) que proceden a la designación de árbitros por estricto **turno rotatorio**, de forma que el arbitraje número 1 se le encomendará al árbitro que figure en primer lugar en la lista, y así sucesivamente.

### 3797 Nombramiento en arbitrajes «ad hoc»

En caso de arbitrajes *ad hoc*, el sistema de nombramiento de árbitros debe estar contenido en el **pacto arbitral**. Es precisamente la fase de nombramiento de árbitros la que generalmente resulta más polémica y problemática en este tipo de arbitrajes no administrados y pueden demorar la resolución de la controversia significativamente.

Por ello, resulta crucial que si las partes optan por un arbitraje *ad hoc*, presten especial atención a la redacción de la cláusula arbitral y prevean **situaciones de desbloqueo** en caso de que una de las partes no actúe de buena fe, no comparezca o el consenso por alguna razón no sea posible.

Las **cláusulas más comunes** prevén, en caso de nombramiento de árbitro único, que las partes tengan un plazo para proceder a su designación de mutuo acuerdo. En casos de tribunal arbitral, cada parte suele tener la facultad de nombrar a uno de los árbitros, siendo el presidente designado por los árbitros propuestos por las partes.

Resulta de vital importancia que la cláusula identifique un **sistema alternativo** para el caso de que no sea posible el acuerdo o una parte se niegue a nombrar árbitro. Una solución razonable es la de prever la intervención de una autoridad nominadora, es decir un tercero a quien competirá la designación de los árbitros en estos supuestos. Es común encomendar tal función al decano del colegio de abogados del lugar del arbitraje o a alguna corte de arbitraje, que, en ese caso no administrará el arbitraje, sino que únicamente intervendrá a los efectos de nombrar a los árbitros y, en su caso, resolver posibles recusaciones.

### 3799 Sistema legal supletorio

(L 60/2003 art.15)

En caso de que las partes **no hayan previsto** el sistema de nombramiento de árbitros o cuando, de haberlo hecho, este ha devenido **inejecutable**, rige el sistema previsto en la Ley.

Esta previsión legal faculta a cualquier parte a **solicitar el nombramiento del árbitro** al órgano judicial competente, que, en la actualidad, es la sala de lo civil y de lo penal del tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma en la que se haya fijado la sede o lugar del arbitraje o de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados. Si ninguno de ellos tiene domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual de la demandante, y si esta tampoco los tiene en España, la de elección de quien formula la solicitud de nombramiento de árbitros ( L 60/2003 art.8.1 ).

La **solicitud** de nombramiento de árbitros se sustancia por los cauces del **juicio verbal** ( LEC art.437 s. ). Las decisiones de las salas de lo civil y de lo penal del tribunal superior de justicia son firmes ( AP Madrid auto 9-1-07, EDJ 52638 ).

### 3800 Árbitro único

(L 60/2003 art.15.6)

Cuando el nombramiento judicial afecte a un árbitro único, el Tribunal Superior de Justicia **confeccionará una lista** con 3 nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. A continuación, se procederá al nombramiento del árbitro mediante **sorteo**. La Ley otorga a los magistrados del tribunal total **discrecionalidad**, sin que se haya articulado un sistema vinculante a seguir por dichos magistrados para acometer tal nombramiento y tengan deber alguno de motivar o justificar de algún modo dicha decisión. Tampoco la Ley exige que los profesionales nombrados como árbitro tengan experiencia alguna en arbitraje o sean especialista en la materia objeto de arbitraje. Ello, evidentemente, genera mucha incertidumbre entre los usuarios del arbitraje, y desaconseja acudir al nombramiento judicial de árbitros. Para llegar a la terna y efectuar el sorteo, algunos **magistrados optan** por la designación directa, otros realizan el nombramiento por sorteo de entre los abogados ejercientes en su circunscripción judicial ( TSJ Cataluña 22-1-15, EDJ 11388 ; TSJ Canarias 11-3-15, EDJ 61202 ) o bien solicitan el auxilio de colegios profesionales ( TSJ Cataluña 14-3-16, EDJ 57056 ; TSJ C.Valenciana 26-3-12, EDJ 118635 ) o de instituciones arbitrales ( TSJ Madrid 5-11-15, EDJ 231514 ; TSJ C.Valenciana 20-4-12, EDJ 191162 ).

### 3801 Tribunal arbitral

Para los casos en que resulte necesario un nombramiento judicial de árbitro en el ámbito de un tribunal arbitral de 3 miembros, se prevé que el tribunal competente otorgue un **plazo** a las partes para que se pongan de **acuerdo** en el nombramiento de los árbitros.

En caso de que dicho acuerdo no se alcance, el tribunal debe proponer, por casa árbitro una **lista con 3 nombres**, debiendo tomar en consideración al hacerlo los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro. Además deben adoptar las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad, y, además, valorar la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y los árbitros ya nombrados.

Una vez constituida la terna, la designación concreta de cada árbitro se realiza mediante **sorteo**. Se comprueba pues que, si bien, los magistrados siguen teniendo amplia discrecionalidad para configurar la terna de la que saldrá el árbitro que definitivamente resuelva la controversia, al menos se exige que la propuesta de árbitros tenga en consideración las circunstancias propias de cada caso y, como resulta evidente, se garantice que *a priori* los árbitros propuestos son independientes e imparciales tal y como exige la Ley (nº 3759 ).

### 3802 Nombramiento en caso de pluralidad de partes

(L 60/2003 art.15.2.b)

En caso de **pluralidad** de **demandantes** o de **demandados**, estos deben nombrar un árbitro y aquellos otro.

Si los demandantes o los demandados **no se ponen de acuerdo** sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal superior de justicia competente a petición de cualquiera de las partes.

Este **sistema**, que es el previsto como supletorio a falta de previsión distinta de las partes sobre el sistema de nombramiento resulta muy similar al que opera en caso de arbitrajes administrados, en el que es la Corte la que procede a la designación de todos los árbitros en un escenario (nº 3792 s. ).

#### Precisiones

El Reglamento de la **Corte de Arbitraje de la CCI** dispone que en caso de multiplicidad de demandantes o de demandadas, si la controversia ha de someterse a la decisión de 3 árbitros, las demandantes, conjuntamente, y las demandadas, conjuntamente, deben designar un árbitro para confirmación, precisando que, a falta de designación conjunta y si las partes no han podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte puede nombrar cada uno de los miembros de este y designar a uno de ellos para que actúe como presidente. De forma similar, el Reglamento arbitral de las **Cámaras Suizas** establece que, a salvo de pacto en contrario de las partes, el demandante o grupo de demandantes designe un árbitro en un plazo establecido y el demandado o el grupo de demandados designe al otro y los 2 co-árbitros designen al presidente. Si en un procedimiento con pluralidad de partes una de las partes o un grupo de partes no designa un árbitro, las Cámaras han de designar a los 3 árbitros, indicando quien de ellos ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral. En equivalentes términos se pronuncia el Reglamento de la **Corte de Arbitraje de Madrid** y el Reglamento de la **Corte de Arbitraje de Estocolmo**.

### 5. Responsabilidad

(L 60/2003 art.21)

3805 La aceptación **obliga** a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hacen, en responsabilidad por los **daños y perjuicios** que causen por mala fe, temeridad o dolo ( AP Madrid 8-5-15, EDJ 89612 ; 16-10-14, EDJ 234359 ).

Se impone la obligación para los árbitros e instituciones arbitrales de suscribir un **seguro de responsabilidad civil** con el que cubrir las responsabilidades que se hubieran podido derivar de su actuación arbitral.

### C. Procedimiento arbitral

(L 60/2003 art.25 s.)

3810	1.	Fase pre-arbitral	3815
	2.	Fase de nombramiento de árbitros	3820
	3.	Fase de alegaciones	3825
	4.	Fase decisoria	3835
	5.	Rebeldía	3840

3812 Siendo la flexibilidad una de las notas características del arbitraje, no existe un **procedimiento predeterminado** aplicable a todos los arbitrajes, sino que las partes son libres para diseñar el procedimiento arbitral que más les convenga, ya sea en propio convenio arbitral o bien sometiéndose a un reglamento de arbitraje de alguna de las cortes preexistentes.

Lo que a continuación se reseña es el procedimiento que típicamente se sigue en **arbitraje administrado**, según se establece en la L 60/2003, que dispone que las partes pueden convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

El **límite** a dicha libertad se establece en la aplicación de los **principios** de igualdad, audiencia y contradicción en el arbitraje disponiendo que debe tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. De igual modo se impone una obligación de confidencialidad sobre las partes, los árbitros y las instituciones arbitrales al respecto de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales ( TS 17-3-15, EDJ 29534 ; TSJ C.Valenciana 26-4-12, EDJ 191169 ; AP Sevilla 26-1-11, EDJ 107808 ; AP Barcelona Secc 15ª 11-3-09, EDJ 213272 ).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los arbitrajes están basados en los principios de **libertad y flexibilidad** para las partes y los árbitros, y no en los principios de preclusión y dispositivo, más propios de los procesos judiciales ( AP Madrid 13-6-07, EDJ 180368 ). Así, los arbitrajes se rigen por las disposiciones de la Ley de arbitraje, no siendo aplicable la Ley de enjuiciamiento civil, más que en los preceptos en los que la L 60/2003 se refiere explícitamente a aquella.

### 1. Fase pre-arbitral

3815 Durante la fase de iniciación se anuncia la controversia y se justifica la competencia de la institución arbitral a la cual se somete, dándose noticia de la citada controversia a la otra parte mediante la formulación de la **solicitud de arbitraje**. Quien ejerce de facultades propiamente arbitrales es la institución y no los árbitros.

Uno de los trámites más relevantes de la fase de iniciación es precisamente la **aceptación por la institución de su propia competencia** para administrar el arbitraje, lo cual suele llevarse a efecto mediante el denominado examen *prima facie* de dicha competencia. Y es que no es infrecuente que una vez notificada la solicitud de arbitraje a la parte demandada, esta, como primera medida, objete a la existencia o validez del convenio arbitral, o a la sumisión a la institución de arbitraje de que se trata.

Son los árbitros los que deben realizar un **examen en profundidad** de su propia competencia teniendo la facultad de confirmarla o rechazarla, según el consagrado principio de *kompetenz-kompetenz* ( L 60/2003 art.22 ). Pero, si esa objeción se produce en la fase de iniciación del arbitraje, la corte adoptará una decisión a su respecto con el carácter de *prima facie*, es decir con un mero examen apriorístico y que no prejuzgue la competencia de los árbitros sobre la existencia de la cláusula arbitral y de la sumisión a la propia institución. En el caso de que el examen *prima facie* arroje un resultado positivo, la institución arbitral procede a continuar con el arbitraje. Si la corte está convencida *prima facie* de que no existe un convenio arbitral que someta la resolución de disputas a dicha institución arbitral, procede al archivo de las actuaciones.

Es en esta fase en la que el demandado debe proceder a anunciar, en su caso, su **intención de reconvenir**.

3817 Finalmente es en esta fase en la que las partes abonan los **costes** del arbitraje:

- En los casos de **arbitraje institucional**, los costes principales del arbitraje suelen ser: - los derechos de admisión de la solicitud de arbitraje; - los costes administrativos destinados a remunerar los servicios prestados y gastos incurridos por la institución arbitral en la administración del arbitraje; y - los honorarios de los árbitros.
- En los **arbitrajes «ad hoc»** no interviene una institución arbitral, por lo que los costes administrativos no suelen existir, si bien es cada vez más común que los árbitros nombren a un secretario para realizar las funciones de administración del arbitraje y que se remuneren sus servicios.

Existen a su vez dos **modalidades de tarificación** de los costes anteriores: por horas o en función de la cuantía.

a) En el primer caso, se establece un **coste horario** y tanto la institución como los propios árbitros cobran sus partidas multiplicando el número de horas incurridas por la tarifa en cuestión.

b) En el segundo caso, se suelen establecer distintos **tramos cuantitativos** aplicándose a cada uno de ellos porcentajes regresivos, es decir, más bajos cuanto mayor sea la cuantía del tramo. Este es el método utilizado por la gran mayoría de cortes de arbitraje.

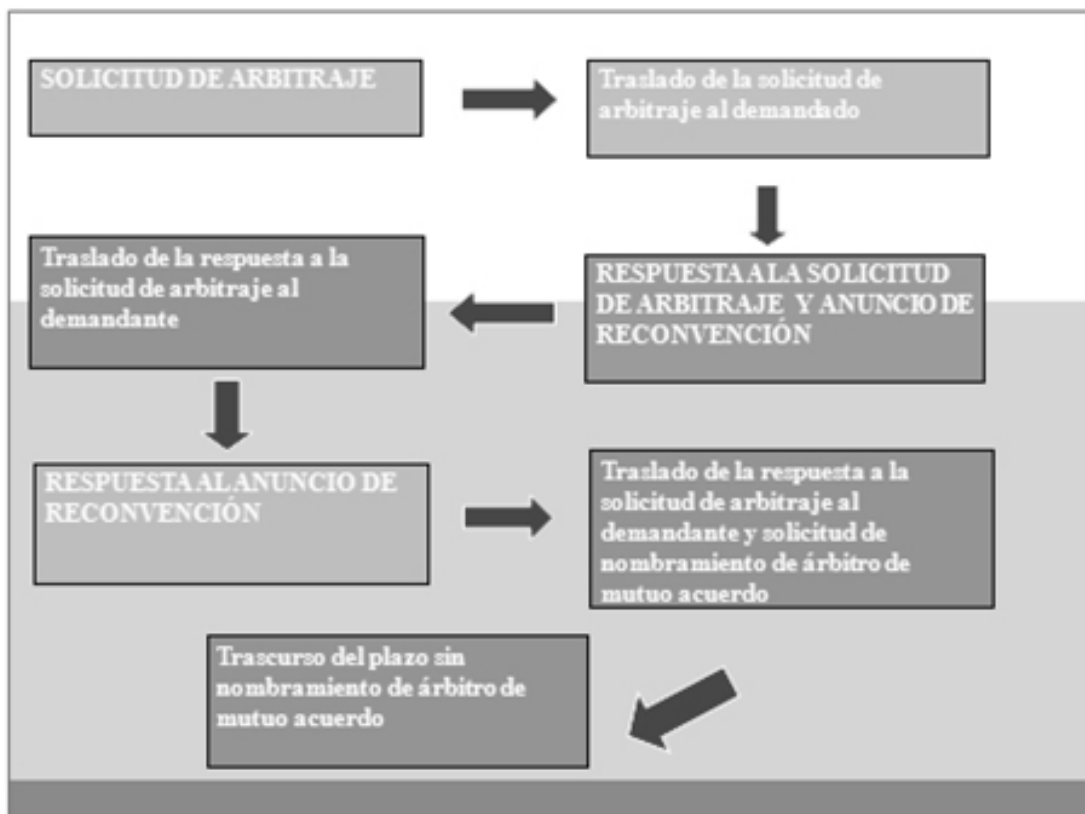
Es práctica comúnmente aceptada (y amparada por L 60/2003 art.21) que al inicio del arbitraje las cortes de arbitraje -o los propios árbitros, en caso de los arbitrajes *ad hoc*- soliciten a las partes las **provisiones de fondos** que estimen

necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. Esta provisión suele **repartirse** al 50% entre las partes, sin perjuicio de lo que, en su día, se decida mediante laudo con respecto a las costas del arbitraje. En caso de que una de las partes no abone su parte de la provisión de fondos, lo habitual es que las cortes o los árbitros soliciten a la otra parte que supla dicha omisión, sin perjuicio de que en ese caso se reconozca un derecho de crédito en su favor a dilucidar en el laudo. La falta de pago de la provisión de fondos por las partes suele acarrear que las instituciones arbitrales o los árbitros den por concluidas las actuaciones arbitrales, procediendo a su archivo ( TSJ C.Valenciana 23-4-15, EDJ 204999 ; TSJ Madrid 27-2-14, EDJ 180213 ).

Precisiones

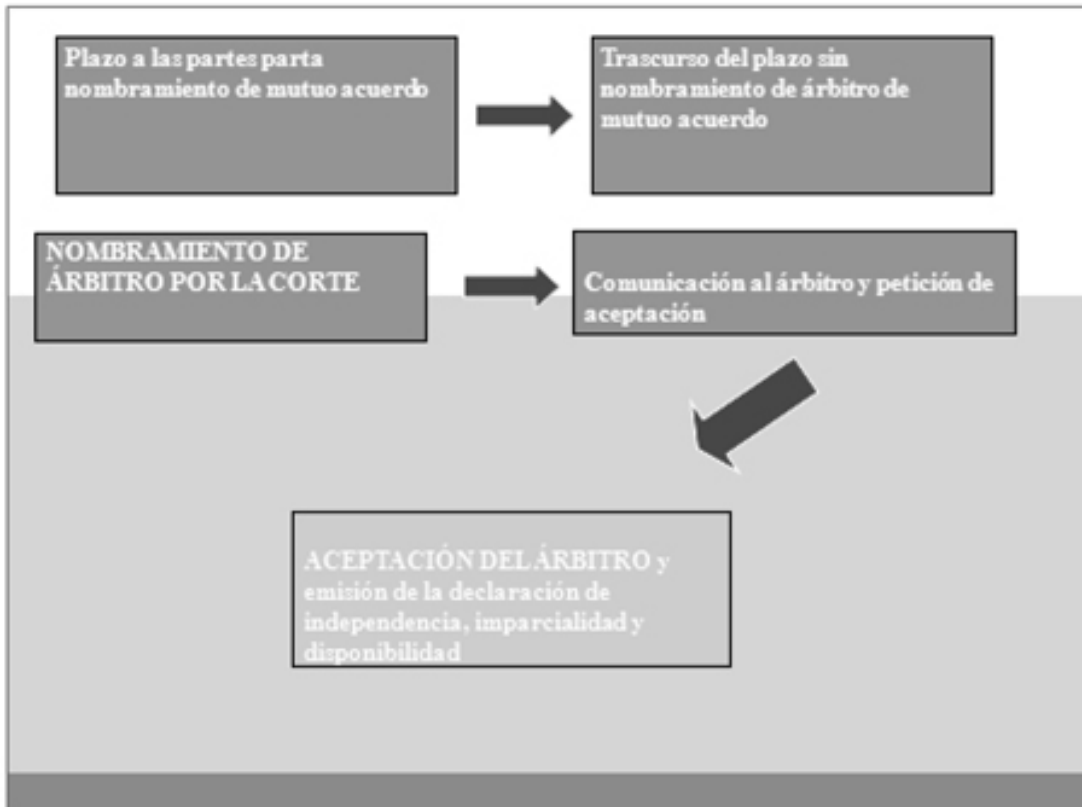
Muchas de las instituciones arbitrales, como la Corte de Arbitraje de Madrid o la de la CCI, cuentan con un **calculador de aranceles on line**, disponible para las partes. Ello permite a las partes anticipar los costes y contribuye a colocar a estas en un escenario de seguridad jurídica y predictibilidad.

3819 Los trámites de esta fase pre-arbitral pueden resumirse a través del siguiente **esquema**:



2. Fase de nombramiento de árbitros

3820 Los trámites de esta fase pueden resumirse a través del siguiente **esquema**:



### 3. Fase de alegaciones

3825 Una vez constituido el tribunal arbitral (o designado el árbitro único) este, previa audiencia de las partes suele emitir una primera orden procesal, también llamada **acta de misión**, en la que se fijan, como mínimo, las cuestiones siguientes:

- el nombre completo de los **árbitros** y las **partes**, y la dirección que hayan designado para comunicaciones en el arbitraje;
- los **medios de comunicación** que han de emplearse;
- el **idioma** y el **lugar** del arbitraje;
- las **normas jurídicas** aplicables al fondo de la controversia o, cuando proceda, si debe resolverse en equidad; y
- el **calendario** de las actuaciones.

En ocasiones también se incluye un resumen de la controversia y se fijan las **pretensiones de las partes**.

En la fase de alegaciones lo deseable generalmente es que el procedimiento sea lo más flexible posible, que quede supeditado a la voluntad de las partes y se reconozcan con un carácter amplio las facultades de los árbitros.

Algunos reglamentos prevén un trámite de alegaciones **simultáneas** y otros de alegaciones **sucesivas** en el más tradicional sentido de demanda y contestación.

En caso de que se formule **reconvención**, se dará trámite asimismo al demandante para que conteste a dicha reconvención. Es posible también que se prevea un trámite de réplica y dúplica.

3827 Las partes generalmente proponen la **prueba** de la que intenten valerse junto con sus escritos rectores y, durante el trámite de proposición, prueba adicional que en muchas ocasiones se establece. Cada parte asumirá la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus peticiones o defensas.

Cumplidos los trámites anteriores, los árbitros pueden convocar a las partes a una **audiencia** para oír las en relación con los medios de prueba propuestos y su práctica o, alternativamente según su criterio, pueden decidir directamente sobre su admisión y práctica dictando la resolución que corresponda al efecto. En dicha resolución se ha de convocar a las partes a una **vista** en la que se procederá a la práctica de la prueba admitida.

La **práctica de prueba** se ha de desarrollar sobre la base del principio de que cada parte tiene derecho a conocer con razonable anticipación las pruebas en que la otra parte basa sus alegaciones.

La L 60/2003 guarda silencio al respecto de los **medios de prueba** admisibles en arbitraje, únicamente haciendo mención expresa a la prueba pericial. En la práctica es común encontrar medios de prueba similares a los utilizados en los procedimientos judiciales civiles, valiéndose fundamentalmente las partes para probar sus pretensiones de la prueba documental, testifical y pericial (nº 4085 s. ).

3829 Deben tenerse en cuenta, no obstante, algunas **particularidades propias** del arbitraje y especialmente presentes en el arbitraje internacional.

- Con respecto a la **prueba documental** no es infrecuente que los árbitros, de oficio, recaben de las partes documentos que puedan obrar en su poder por entenderlos útiles para la resolución del caso. Tampoco es infrecuente, especialmente en arbitrajes internacionales que se admita el llamado procedimiento de *discovery*, consistente en el derecho de una parte a solicitar a la otra parte que aporte documentos relevantes y estando esta obligada a entregarlos, salvo excepciones, pudiendo su falta de entrega justificar la aplicación de inferencias negativas por parte de los árbitros o, dicho de otro modo, la presunción de que el documento no aportado injustificadamente tiene el contenido que le atribuye quien lo solicita.
- Con respecto a la **prueba testifical** debe tenerse en cuenta que en arbitraje no se suele distinguir entre testigos e interrogatorio de parte, teniendo la consideración de testigo toda persona que preste declaración sobre su conocimiento de cualquier cuestión de hecho, sea o no parte en el arbitraje. Además es común que los testigos presten declaración por escrito, sin perjuicio de que pueda acordarse además un interrogatorio ante los árbitros y en presencia de las partes.
- En relación con la **prueba pericial** se prevé la posibilidad de que los árbitros, generalmente tras consultar con las partes, nombren de oficio uno o más peritos.

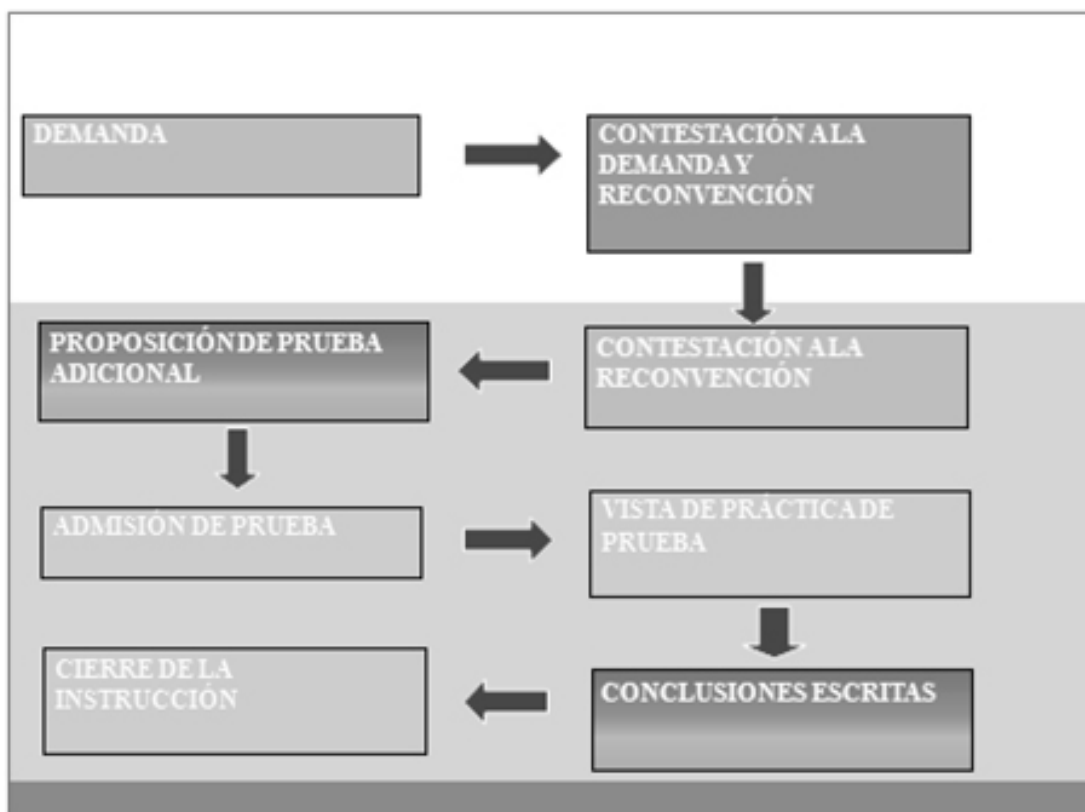
Sobre la **valoración de la prueba**, a pesar del silencio legal es comúnmente aceptado que los árbitros valorarán la prueba libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Tras la práctica de la prueba, las partes han de formular sus **conclusiones**, que pueden ser orales o escritas.

Finalizado el trámite de conclusiones, se declara el **cierre de la instrucción**, cuando se considere que las partes han tenido oportunidad suficiente para hacer valer sus derechos.

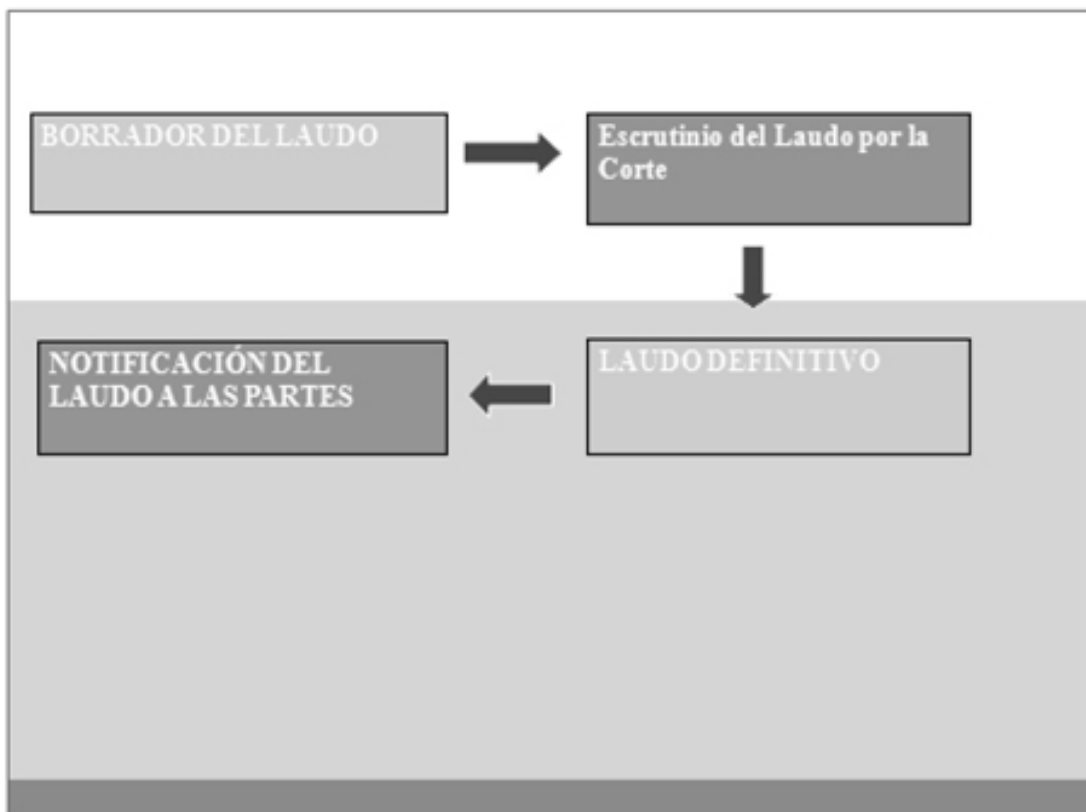
Una vez declarado el cierre de la instrucción no puede presentarse ningún **escrito, alegación o prueba** salvo que los árbitros, en razón de circunstancias excepcionales, así lo autoricen.

3830 Para mayor claridad, resumimos los trámites expuestos mediante el siguiente **esquema**:





3835 Los trámites de esta fase pueden resumirse a través del siguiente **esquema**:



#### 5. Rebeldía

(L 60/2003 art.31)

---

3840 Las consecuencias jurídicas derivadas de la **incomparecencia** del demandante y del demandado son muy distintas.

#### 3842 Rebeldía del demandante

(L 60/2003 art.31)

Si el demandante **no presenta su demanda** en el plazo establecido a tal fin en el calendario procesal acordado, y no alega causa suficiente para ello, los árbitros deben dar por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, este manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

Cabe plantearse, ante el silencio de la Ley qué consecuencias jurídicas deben anudarse a la incomparecencia del **demandado reconviniente** en lo que afecta a su reconvención. En este sentido, parece razonable entender aplicable lo dispuesto para el demandante ordinario y, así, considerar que si la reconvención no es formulada en el plazo establecido a tal fin y no concurre justa causa debe procederse al archivo de la reconvención, no así a la terminación de las actuaciones, que continuarán con respecto a la demanda principal.

#### 3844 Rebeldía del demandado

(L 60/2003 art.31)

Si es el demandado el que no presenta su contestación a la demanda en plazo, el procedimiento **continúa**, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.

Es importante resaltar en este punto que la jurisprudencia sobre esta materia ha establecido perfectamente la diferencia entre los conceptos de **rebeldía e indefensión** y ha adoptado el criterio de que no toda situación de rebeldía provoca o puede ser causa de indefensión y que es esta circunstancia -la indefensión- la decisiva al objeto de detectar irregularidades en el procedimiento, y no la mera rebeldía, que puede obedecer y de hecho muchas veces obedece a la propia conveniencia o interés de la parte, y que por ello no puede legitimar por si sola su oposición posterior, que puede ser muestra de la unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos,

con desprecio, además, de los elementales principios de tráfico jurídico ( TS 24-2-82, EDJ 897 ; 18-4-00, EDJ 117266 ; TS auto 7-2-81, EDJ 9393 ; 8-10-81, EDJ 1616 ).

Por tanto, no es la ausencia del demandado en el procedimiento la que causa la indefensión sino la **falta de notificación** de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o, en general, cualquier otra causa que le haya impedido hacer uso de sus medios de defensa.

#### Precisiones

El Tribunal Constitucional ha determinado que la esencia de la indefensión ( Const art.24.1 ) consiste en la **limitación de medios de defensa** producida por una indebida actuación que impida a una parte en el curso del proceso el ejercicio del derecho de defensa privándole de las facultades de alegar y en su caso justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en aplicación del indispensable principio de contradicción ( TCo 13-1-92 ).

3845 La L 60/2003 recoge y refrenda esos criterios al prever la **continuación de las actuaciones** aunque el demandado no comparezca.

A fin de que este precepto pueda tener plena eficacia es necesario asegurarse de que, en efecto, la rebeldía del demandado **no es involuntaria**, y de que, en fin, ha tenido o ha podido tener **conocimiento del procedimiento**.

Por ello, la propia L 60/2003 explicita las condiciones en que deben realizarse las **notificaciones y comunicaciones** para que puedan ser consideradas válidas y conformes con los principios de igualdad, audiencia y contradicción que garantizan que las partes sean tratadas con igualdad y se les dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos ( L 60/2003 art.5 ).

Por último, debe precisarse que, del hecho de que un demandado no comparezca no puede inferirse ni que se allane a la demanda ni admita los hechos alegados por el demandante, por lo que este no queda liberado de la **carga de la prueba** de los hechos constitutivos de su pretensión, ni quedan exonerados los árbitros del examen de los hechos y de la procedencia o no de la condena impetrada, lo que ha de juzgarse a la luz de los hechos alegados, basándose en las pruebas de que dispongan.

#### 6. Intervención de la jurisdicción ordinaria

(L 60/2003 art.7 y 8 )

3850 Se establece un **principio general de no intervención** de los tribunales de justicia ordinaria en la tramitación de los arbitrajes.

Solo en los siguientes **casos excepcionales**, expresamente previstos en la L 60/2003 , pueden estos intervenir en apoyo del arbitraje:

**a)** En el **nombramiento y remoción judicial** de árbitros. Es competente la sala de lo civil y de lo penal del tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma del lugar del arbitraje y de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tiene domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor y, si este tampoco los tiene en España, la de su elección (nº 3799 ).

**b)** Asistencia judicial en la **práctica de pruebas**. Es competente el juzgado de primera instancia del lugar de práctica de prueba.

**c)** En la adopción judicial de **medidas cautelares**. Es competente el juzgado de primera instancia del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia ( TSJ Cataluña 7-4-16, EDJ 73556 ; 15-6-15, EDJ 137300 ; TSJ Madrid 27-2-14, EDJ 180243 ).

**d)** En la **ejecución de laudo** (nº 3875 ). Es competente el juzgado de primera instancia del lugar en que se haya dictado dicho laudo.

**e)** En el **reconocimiento de laudos extranjeros** (nº 3877 ). Es competente la sala de lo civil y de lo penal del tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

**f)** En la **ejecución de laudos extranjeros**. Es competente el juzgado de primera instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona

a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

A estos efectos es importante reseñar que algunas circunscripciones judiciales han **especializado** a uno de sus juzgados para el conocimiento exclusivo de todas las materias relacionadas con el arbitraje atribuidas a los juzgados de primera instancia -en el caso de Madrid capital se trata del Juzgado de Primera Instancia núm 101- ( CGPJ Acuerdo del Pleno 25-11-2010 ).

## D. Laudo

(L 60/2003 art.34 a 39 )

### 3855 Requisitos formales

(L 60/2003 art.35 y 37 )

Los árbitros han de decidir la controversia de forma definitiva en **un solo laudo** o en tantos **laudos parciales** como estimen necesarios.

Cuando la disputa haya de decidirse por **más de un árbitro**, toda decisión se debe adoptar por mayoría, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa. Si no fuera posible la mayoría, cuando, por ejemplo cada árbitro mantiene una posición distinta, la decisión puede ser adoptada válidamente por el presidente del tribunal arbitral en solitario.

El laudo debe constar **por escrito**, dejar constancia de la **fecha** y el **lugar** de emisión y ser **firmado** por los árbitros. Si el tribunal es colegiado, bastan las firmas de la mayoría de los árbitros o, en su defecto, la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de esas firmas. Se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

El laudo, además, debe ser motivado. La necesidad de **motivación** tiene la ventaja de satisfacer en el modo más completo las aspiraciones de justicia de las partes, ya que con este requisito se cumple una triple **finalidad** ( TSJ Madrid 14-4-16, EDJ 67624 ; 17-2-16, EDJ 38452 ; 25-6-12, EDJ 187737 ; TSJ Cataluña 7-4-16, EDJ 73556 ):

- conocer las razones de la decisión que se adopte;
- evitar la arbitrariedad; y
- permitir el control de la resolución arbitral a través del ejercicio de la acción de anulación de laudo.

Los árbitros pueden dejar **constancia de su voto** a favor o en contra. A pesar de que no se menciona expresamente, nada parece impedir que, además, los árbitros no conformes con la decisión mayoritaria puedan expresar su **parecer discrepante**. Dicho parecer discrepante, no obstante, carece de eficacia jurídica.

### 3857 Plazo

(L 60/2003 art.37.2)

Salvo acuerdo de las partes, los árbitros deben **decidir la controversia** dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a la demanda o contestación a la reconvencción o expiración del plazo para presentarlas.

Además, salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo puede ser **prorrogado** por los árbitros, por un plazo no superior a 2 meses, mediante decisión motivada.

No obstante lo anterior, la **expiración del plazo** sin que se haya dictado laudo definitivo no afecta, salvo pacto en contrario, a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros ( TSJ Galicia 19-4-16, EDJ 68983 ; TSJ Castilla-La Mancha 17-3-16, EDJ 47617 ; TSJ Cataluña 20-11-14, EDJ 235349 ).

#### Precisiones

El contenido de este precepto legal, en vigor desde la reforma operada por la L 11/2011 , zanja mediante una declaración legal expresa la viva polémica existente al respecto de si la expiración del plazo para dictar laudo es o no motivo de acción de **anulación de laudo**, optando por mantener al laudo indemne de dicho ataque a salvo que las partes hayan decidido en contrario. Con ello, además, parece introducirse por primera vez en la legislación arbitral española una suerte de *opt in* con respecto a este potencial motivo de anulación de laudo, que solo operaría si las partes lo han previsto como tal. Debe hacerse notar que el resto de los motivos de anulación del laudo (previstos en la L 60/2003 art.41 ) son obligatorios para las partes, no pudiendo estas decidir sobre su aplicación.

### 3859 Derecho aplicable

(L. 60/2003 art.34)

Los árbitros deben resolver siempre en Derecho, salvo pacto expreso de las partes en contrario.

Cuando el arbitraje sea **internacional**, los árbitros han de decidir la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes y, en defecto de pacto, los árbitros pueden aplicar las normas jurídicas que consideren más apropiadas.

En todo caso, los árbitros, al decidir, deben tener en cuenta las estipulaciones del **contrato** objeto de controversia y los **usos mercantiles** aplicables.

### 3860 Pronunciamiento sobre costas procesales

(L. 60/2003 art.37.6)

Se impone a los árbitros la obligación de pronunciarse en el laudo sobre las costas del arbitraje ( TSJ Madrid 23-5-12, EDJ 131584 ), y se establece el **contenido** de estas, que han de incluir:

- los honorarios y gastos de los árbitros;
- los honorarios y gastos de los defensores; y
- el derecho de admisión y administración de la institución arbitral en caso de arbitraje institucional.

La imposición de costas constituye un **efecto** derivado tanto del resultado de las acciones o excepciones ejercitadas por las partes en el proceso arbitral como, en definitiva, de la actitud mantenida por las mismas durante el mismo, justificándose dicha imposición en la restitución a la parte contraria de los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le origine la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes le obligasen a ejercitar su derecho o excepciones a través de un procedimiento arbitral.

El **criterio de imposición** de las costas requiere una apreciación valorativa por el árbitro, que en este sentido goza de gran discrecionalidad, puesto que la Ley guarda silencio a este respecto, no siendo de aplicación el criterio general de vencimiento establecido para los procesos judiciales ( LEC art.394 ).

#### Precisiones

Algunas **cortes de arbitraje**, no obstante, si incluyen **criterios** en materia de imposición de costas. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid dispone que salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, los árbitros pueden justificar la imposición de las costas basándose en el principio de que la condena refleja proporcionalmente el éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes, salvo que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, los árbitros estimen inapropiada la aplicación de este principio general. Una previsión equivalente se encuentra en el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

### 3862 Eficacia

(L. 60/2003 art.43)

El laudo es de obligado cumplimiento para las partes, siendo su eficacia jurídica **equiparable** a la de una sentencia del Tribunal Supremo.

Desde que se dicta, el laudo es definitivo, no susceptible de **recurso** ordinario alguno, produciendo efectos plenos de cosa juzgada ( TS auto 5-2-02, EDJ 4929 ; AP Valencia 25-3-08, EDJ 89243 ; TSJ Madrid 9-5-12, EDJ 321386 ; TSJ C.Valenciana 24-1-12, EDJ 118631 ).

Frente a él solo cabe ejercitar **acción de anulación** (nº 3870 s. ) y, en su caso, solicitar la **revisión** conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes (nº 5505 s. ).

#### Precisiones

La jurisprudencia recuerda que el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la **cosa juzgada**, pues el arbitraje, en definitiva, no es otra cosa que un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada ( TSJ Madrid 1-3-16, EDJ 50796 ; TSJ Cataluña 4-2-16, EDJ 33150 ; TSJ Baleares 24-11-15, EDJ 234826 ; AP Madrid Secc 19ª auto 7-4-06, EDJ 284728 , con cita de AP Madrid auto 30-1-04, EDJ 124174 y AP La Rioja 31-5-05, EDJ 101317 ).

### 3864 Corrección, aclaración, complemento y rectificación

Dentro de los 10 días siguientes a la fecha del laudo, los **árbitros** pueden proceder **de oficio** a la corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.

De forma similar, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo -o en el plazo que las partes hubieran acordado a tal fin- las **partes pueden solicitar**:

- la corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar;
- la aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo;
- el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él;
- la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Oídas las demás partes por término de 10 días, los árbitros deben proceder a la **resolución** de las **solicitudes** de corrección de errores y de aclaración, en el plazo de 10 días, y sobre la solicitud de complemento y la rectificación de la extralimitación, en el plazo de 20 días.

Cuando el arbitraje sea **internacional**, los plazos de 10 y 20 días se amplían a uno y 2 meses, respectivamente.

#### Precisiones

La L 60/2003 es muy clara al establecer que las **potestades del árbitro** se extinguen una vez emitido el laudo definitivo sobre el fondo de la controversia, estableciéndose como **excepción** el derecho de las partes de solicitar aclaración, corrección, complemento o rectificación del laudo ( L 60/2003 art.38.1 ). Fuera de los estrechos límites que se indican en la L 60/2003 art.39.1 , el árbitro está vinculado por el **principio de invariabilidad** del laudo, no pudiendo en ningún caso modificar o reconsiderar el contenido del mismo. Dicho artículo no permite ampliar el fallo ni resolver cuestiones que no fueron decididas en el laudo final, puesto que, en ese caso, se excede de las facultades reconocidas a los árbitros en este artículo, refiriéndose los casos de omisión o complemento del laudo a las que sean consecuencia directa de aquello que se resuelve y esté comprendido en el fallo.

El Tribunal Constitucional ( TCo 4-10-93 ), ya declaró como la **inalterabilidad** de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales. De forma similar las audiencias provinciales, al conocer de acciones de anulación frente a laudos arbitrales, han acotado igualmente el **ámbito de la aclaración**, declarando que el objeto de la aclaración del laudo arbitral, al igual que sucede con la aclaración de resoluciones judiciales, es «muy reducido» y consiste en «poner en claro y nítido lo inteligible (sic), lo que no lo era o estaba, dar luz a lo que parece o se presenta oscuro» ( TSJ País Vasco 11-4-16, EDJ 44486 ; AP Madrid 24-9-02, EDJ 65330 ).

#### 3865 Laudo por acuerdo de las partes

(L 60/2003 art.36)

Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros deben dar por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, los árbitros pueden reseñar dicho acuerdo en un laudo, que con la excepción de la exigencia de la motivación, está sujeto a los mismos **requisitos formales** que los laudos ordinarios y despliega los mismos **efectos jurídicos**, siendo igualmente ejecutable.

### E. Anulación del laudo

(L 60/2003 art.40 a 42 )

3870 Contra un laudo solo puede ejercitarse la **acción de anulación**. Esta se configura como un **remedio extraordinario** restringido a efectuar un juicio externo o de control de la observancia en el procedimiento arbitral de las garantías formales, sin que quepa analizar el fondo del asunto ni enjuiciarse la correcta aplicación del derecho material a través de su ejercicio ( TCo 176/1996 ; 174/1995 ; 259/1993 ; TSJ Madrid 14-4-16, EDJ 67624 ; TSJ Cataluña 7-4-16, EDJ 73556 ; 24-7-14, EDJ 157922 ; 30-12-13, EDJ 285139 ; AP Madrid 30-9-10, EDJ 287760 ; 7-6-11, EDJ 169534 ; AP Barcelona 11-3-09, EDJ 200491 ; AP La Coruña 7-5-10, EDJ 187410 ; AP Baleares 26-1-11, EDJ 29386 ; TSJ Cantabria 30-1-12, EDJ 111210 ).

Los **motivos** de anulación del laudo constituyen un *numerus clausus* y se encuentran tasados y explicitados en la Ley ( TSJ Asturias 9-7-14, EDJ 270365 ; TSJ C.Valenciana 24-7-13, EDJ 195335 ; AP Barcelona 23-3-06, EDJ 270899 ; AP Madrid auto 10-6-10, EDJ 161343 ).

El laudo solo puede ser anulado cuando la parte que solicita la anulación **alegue y pruebe**:

1. Que el **convenio arbitral** no existe o no es válido ( TSJ Madrid 16-2-16, EDJ 38448 ; 9-2-16, EDJ 38442 ; 2-2-16, EDJ 19222 ; 1-2-16, EDJ 19221 ; 5-11-15, EDJ 231515 ; 6-10-15, EDJ 195225 ; AP Madrid 5-10-09, EDJ 305028 ; 12-11-10, EDJ 300605 ; AP Barcelona 9-2-10, EDJ 73118 ; TSJ Madrid 16-11-11, EDJ 354494 ; TSJ La Rioja 29-11-11, EDJ 289216 ).

2. Que no ha sido **debidamente notificada** de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales. Este motivo puede ser apreciado de oficio por el tribunal que conozca de la acción de anulación ( AP Barcelona 13-3-06, EDJ 283589 ; AP Madrid auto 17-12-08, EDJ 353827 ; 18-6-10, EDJ 166382 ) o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos ( AP Madrid 23-10-09, EDJ 17747 ; 24-5-10, EDJ 182345 ; 30-6-10, EDJ 173730 ; 28-1-11, EDJ 44665 ; AP Zaragoza 5-2-10, EDJ 111915 ).

3. Que los árbitros han resuelto sobre **cuestiones no sometidas a su decisión** ( TSJ Madrid 13-4-16, EDJ 76027 ; AP Madrid 25-1-07, EDJ 63225 ; 16-1-08, EDJ 28352 ; 5-10-09, EDJ 30528 ; 18-6-10, EDJ 166382 ; 24-5-11, EDJ 133074 ; 29-6-11, EDJ 168818 ; AP Barcelona 29-10-09, EDJ 323747 ; AP La Coruña 7-5-10, EDJ 191161 ).

4. Que la **designación de los árbitros** o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a la Ley de arbitraje ( AP Madrid 12-3-08, EDJ 53331 ; 5-5-09 ; AP La Coruña 7-5-10, EDJ 191161 ). Ver además lo que se expone sobre la recusación de árbitros (nº 3775 s. ).

5. Que los árbitros han resuelto sobre **cuestiones no susceptibles de arbitraje**. Este motivo podrá ser apreciado de oficio por el tribunal que conozca de la acción de anulación ( TSJ Cataluña 4-2-16, EDJ 33150 ; 15-6-15, EDJ 137301 ; TSJ Madrid 13-7-15, EDJ 142341 ; AP Madrid 28-10-08, EDJ 277867 ; 14-11-08, EDJ 288475 ; AP Valencia 25-6-09 ).

6. Que el laudo es **contrario al orden público** ( TSJ Madrid 14-4-16, EDJ 67624 ; 1-3-16, EDJ 50795 ; 16-6-15, EDJ 124532 ; 6-11-13, EDJ 255734 ; 23-5-12, EDJ 131584 ; TSJ Cataluña 9-7-15, EDJ 178859 ; 15-6-15, EDJ 137301 ; 29-7-14, EDJ 207060 ; AP Madrid 23-2-10, EDJ 67349 ; 30-6-10, EDJ 173730 ; AP Barcelona 11-3-09, EDJ 213294 ; 5-5-09, EDJ 230146 ; 30-6-09, EDJ 219791 ; 13-11-09, EDJ 364266 ; 16-3-11, EDJ 88769 ; TSJ C.Valenciana 21-2-12, EDJ 118633 ; TSJ Murcia 28-6-12, EDJ 142200 ). Este motivo puede ser apreciado de oficio por el tribunal que conozca de la acción de anulación.

**3872** La **acción de anulación** del laudo ha de ejercitarse dentro del **plazo** de los 2 meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo (nº 3864 ), desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla. Se trata de un plazo de caducidad ( TSJ Madrid 18-11-14, EDJ 233674 ; 22-5-14, EDJ 180231 ; 8-10-13, EDJ 255727 ).

La **competencia** para conocer de la acción de anulación del laudo corresponde a la sala de lo civil y de lo penal del tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma donde aquel se haya dictado.

La acción de anulación se sustancia por los cauces del **juicio verbal** con algunas modificaciones:

- a) A la **demanda** de acción de anulación se debe acompañar, además de los documentos justificativos de su pretensión, el convenio arbitral y el laudo. Dicha demanda debe señalar, además los medios de prueba de los que la demandante pretende valerse.
- b) La **contestación** a la **demanda**, por parte del demandado, puede realizarse por escrito en un plazo de 20 días, proponiendo en el mismo documento la prueba que considere relevante.
- c) Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el letrado de la Administración de Justicia debe citar a la **vista**, si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación. Si en sus escritos no han solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba propuesta sea la documental o en el caso de los informes periciales no sea necesaria la ratificación, el tribunal superior de justicia que esté conociendo el caso debe dictar **sentencia**, sin más trámite.

Frente a la sentencia que se dicte no cabe **recurso** alguno.

## F. Ejecución del laudo

(L. 60/2003 art.44 a 46 )

### **3875** Ejecución de laudos emitidos en España

(L. 60/2003 art.44 y 45 )

La ejecución forzosa de los laudos **se rige** por lo dispuesto en la LEC para la ejecución de sentencias ( LEC art.538 s. ; nº 5525 s. ).

Debe tenerse en cuenta que el laudo se considera definitivo desde que es dictado, por lo que **es ejecutable** aun cuando contra él se haya ejercitado **acción de anulación**. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar la

**suspensión** de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo.

No obstante, no se despachará ejecución de laudos dentro de los 20 días posteriores a la notificación del laudo al ejecutado.

Es **competente** para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el juzgado de primera instancia del lugar en que se haya dictado dicho laudo.

A la demanda de ejecución se **debe acompañar** el laudo, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación del laudo a las partes.

El ejecutado, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, puede **oponerse a ella** alegando:

- pago o cumplimiento de lo ordenado en el laudo;
- caducidad de la acción ejecutiva; o
- transacción.

Asimismo, en caso de que el laudo no esté protocolizado notarialmente, la **falta de autenticidad** de este es motivo de oposición por defecto procesal ( LEC art.559 ).

Ante el silencio legal, la jurisprudencia ha diseñado los motivos por los que los jueces pueden **denegar la ejecución** de un laudo, además de por incumplir la solicitud de ejecución los requisitos exigidos o por concurrir un motivo válido de oposición a la ejecución. Concretamente se ha establecido que los juzgados pueden denegar la ejecución cuando consideren que el laudo adolece de alguna **irregularidad formal**, como que las materias sobre las que decide no sean susceptibles de arbitraje, el convenio arbitral sea nulo, o se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo ( AP Madrid auto 15-10-07, EDJ 257137 ; 31-1-11 ). Existen, no obstante, pronunciamientos jurisprudenciales que consideran que la validez del laudo solo puede ser impugnada mediante una acción de anulación, pero no en sede de ejecución ( AP Madrid 28-6-10, EDJ 173607 ).

### 3877 Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

(L 60/2003 art.46)

Se entiende por **laudo extranjero** el pronunciado fuera del territorio español.

El reconocimiento de laudos extranjeros en España **se rige** por el Convenio Nueva York 10-6-1958 , sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustancia según el **procedimiento** establecido en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

La **finalidad** principal del Convenio es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales

Para el reconocimiento de laudos extranjeros el **órgano competente** es la sala de lo civil y de lo penal del tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el **reconocimiento** o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos.

Es competente para denegar o autorizar la **ejecución** y el correspondiente despacho el juzgado de primera instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita la ejecución o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos.

#### Precisiones

La plena **aplicación en España** del Convenio por los jueces y tribunales tiene su reflejo en la jurisprudencia ( TSJ Cataluña 14-12-15, EDJ 270898 ; 16-7-15, EDJ 178861 ; TSJ Madrid 23-6-15, EDJ 139558 ; AP Madrid 30-3-11, EDJ 185967 ; AP Sevilla 21-7-11, EDJ 250739 ).

### 3878 La parte que pida el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero debe presentar, junto con la **demanda**, la siguiente **documentación**:

- el original debidamente autenticado del **laudo** o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; y
- el original del **convenio arbitral** o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

En caso de que el laudo o el convenio arbitral no consten en castellano, se debe aportar **traducción jurada** de dichos documentos.

El demandado puede presentar **oposición** al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero exclusivamente por las siguientes **causas**, que son muy similares a los motivos por los que cabe interponer acción de anulación de laudo contra laudos dictados en España (nº 3870 ):

- a) Que las **partes** estuvieron sujetas a alguna incapacidad o que el **convenio arbitral** no es válido ( TS auto 7-10-03, EDJ 9911 ; 14-10-03, EDJ 146466 ; TSJ Cataluña auto 15-3-12, EDJ 94713 ; 29-3-12, EDJ 94716 ).
- b) Que no se ha procedido a la debida **notificación**, a la parte contra la cual se invoca el laudo, de la **designación del árbitro o del procedimiento** de arbitraje o no ha podido ejercitar su derecho de defensa por cualquier otra razón ( TS auto 1-2-00 ; 8-2-00 ; 28-3-00 ; 31-5-05, EDJ 101333 ; TSJ Madrid auto 26-9-14, EDJ 225455 ; TSJ Cataluña auto 15-3-12, EDJ 94713 ; 29-3-12, EDJ 94716 ).
- c) Que el laudo resuelve una disputa no comprendida en el **convenio arbitral** ( TS auto 18-4-00, EDJ 117266 ; 31-7-00, EDJ 30378 ; 28-11-00 ; 14-5-03 ).
- d) Que la constitución del **tribunal arbitral** o el **procedimiento arbitral** no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.
- e) Que la disputa **no es susceptible** de solución por **vía de arbitraje**.
- f) Que el laudo atenta contra el **orden público** ( TS auto 4-3-03 ; 7-10-03, EDJ 3207 ; 14-10-03, EDJ 146466 ; TSJ Andalucía auto 29-7-15, EDJ 240090 ; TSJ Madrid auto 23-6-15, EDJ 139558 ; TSJ Cataluña auto 17-11-11, EDJ 315521 ; TSJ País Vasco auto 19-4-12, EDJ 63626 ).

## Bibliografía

- Craig, Laurence; Rusty Park and Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Ocean Publication, 1990 p 902.
- Eisemann, Frédéric. *La Clause d'Arbitrage Pathologique. Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, U.T.E.T, 1974, pp. 120 ss.
- Fisher, R., Ury, W. & Patton, B. (1996) *Obtenga el SI, el arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000. Barcelona. (4ª edición).
- Hinojosa Segovia (Coord.), *Sistemas de resolución extrajurisdiccional de conflictos*, edit. Ramón Areces, Madrid, 2006.
- Kennedy G, Benson J., McMillan, *Cómo negociar con éxito*, Ed. Deusto, Bilbao, 1990.
- Soleto Muñoz, E. (Dirección), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Edit. Tecnos, 2011.
- Townsend, John M. «Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins». *Dispute Resolution Journal*, Volumen 58, nº 1, 2003. pp 1 ss.

## CAPÍTULO 2

# Litigación civil y mercantil

4000	Sección Preparación del proceso	4005
	1.	
	Sección Proceso ordinario	4550
	2.	
	Sección Juicio verbal	5075
	3.	
	Sección Especialidades del proceso ordinario	5150
	4.	
	Sección Especialidades del juicio verbal	5168
	5.	
	Sección Proceso europeo de escasa cuantía	5200
	6.	
	Sección Procesos para la tutela privilegiada del crédito	5215
	7.	



Sección Procesos concursales	5258
8.	
Sección Recursos	5340
9.	
Sección Ejecución	5525
10.	

## SECCIÓN 1

# Preparación del proceso

4005	I. Acto de conciliación	4010
	II. Diligencias preliminares	4025
	III. Prueba	4085
	IV. Reglas para la determinación del proceso	4430
	V. Medidas cautelares	4470

4006 En todo proceso judicial existe una fase de preparación previa en la cual los litigantes, esencialmente el demandante, llevan a cabo los actos que consideran necesarios para reunir y ordenar los datos, informaciones, elementos, materiales en general, que les van a servir para realizar el correspondiente acto de alegación y fundamentarlo adecuadamente. Su **objeto** es, como su nombre indica, preparar el proceso principal e incluso, en algún caso, evitar la presentación de la demanda.

La doctrina tradicionalmente ha venido considerando como **actos preparatorios** del ulterior proceso:

- acto de conciliación ( LJV art.139 a 148 );
- diligencias preliminares ( LEC art.256 a 263 );
- anticipación de la prueba y las medidas de aseguramiento de la prueba ( LEC art.293 a 298 );
- medidas cautelares ( LEC art.721 a 747 ).

### Precisiones

Para un **estudio detallado** de los distintos aspectos relativos a la preparación de los procesos civiles declarativos, ver nº 5400 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Civil.

## I. Acto de conciliación

(LJV art.139 a 148 )

4010 El acto de conciliación es un medio voluntario de **evitación del proceso** de cognición en el que se encarga a un órgano jurisdiccional la función de intentar avenir a las partes con carácter previo.

Antes de promover un juicio, puede intentarse la conciliación ante el **juez de paz** competente o el **letrado de la Administración de Justicia** del juzgado de primera instancia o del juzgado de lo mercantil, cuando se trate de materias de su competencia, del domicilio del requerido.

**No se admitirán a trámite** las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con:

1. Los juicios en que estén interesados el **Estado**, las **comunidades autónomas** y las demás **Administraciones públicas, corporaciones o instituciones** de igual naturaleza. En este punto hay que acudir a la L 39/2015 y demás disposiciones de carácter administrativo para determinar que ha de entenderse por Administraciones públicas y poder distinguir las de aquellas instituciones que se rigen por el orden jurídico privado.
2. Los juicios en que estén interesados los **menores** y los **incapacitados** para la libre administración de sus bienes.
3. Los juicios de **responsabilidad civil contra jueces y magistrados** ( LEC art.403 ).
4. En general, los que se promuevan sobre materias **no susceptibles de transacción ni compromiso**, como las que versen sobre:
  - estado civil de las personas;
  - cuestiones matrimoniales;

- alimentos futuros;
- cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme;
- aquellas en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes por carecer de capacidad de obrar o representación legal, no pueden actuar por sí mismos, en definitiva, quedan excluidos todos aquellos en los que las partes no tienen libre disposición.

#### 4012 Competencia (LJV art.140)

El juez de paz o el letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia o del juzgado de lo mercantil del domicilio del demandado, son los únicos competentes para que ante ellos se tramiten los actos de conciliación. Si no tiene su domicilio en territorio nacional, el de su última residencia en España. No obstante lo anterior, si la cuantía de la **petición** fuera **inferior a 6.000 euros** y no se tratara de cuestiones atribuidas a los juzgados de lo mercantil la competencia corresponderá, en su caso a los jueces de paz.

Si el demandado es **persona jurídica** son asimismo competentes los del lugar del domicilio del demandante, siempre que en este radique delegación, sucursal u oficina abierta al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, debiendo acreditar dicha circunstancia y sin perjuicio de la adecuada competencia que resulte para caso de posterior litigio.

En las poblaciones con **más de un juez de primera instancia** la competencia se determina por reparto. Si tras la realización de las correspondientes averiguaciones sobre el domicilio o residencia, estas fueran infructuosas o el requerido de conciliación fuera localizado en otro partido judicial, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto o el juez de paz auto dando por terminado el expediente, haciendo constar tal circunstancia y reservando al solicitante de la conciliación el derecho a promover de nuevo el expediente ante el juzgado competente.

Si se suscitan **cuestiones de competencia** del juzgado o de **recusación** del letrado de la Administración de Justicia o del juez de paz ante quien se celebre el acto de conciliación, se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites.

#### 4014 Postulación (LJV art.141.3)

Las partes no necesitan valerse de abogado y procurador.

#### 4015 Procedimiento (LJV art.141 s.)

El que intente el acto de conciliación presentará **solicitud** por escrito, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del solicitante y del requerido o requeridos y el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, el objeto de la conciliación que se pretenda y la fecha, determinando con claridad y precisión lo que se pida. El solicitante puede igualmente formular su solicitud de conciliación cumplimentando unos **impresos** normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el órgano judicial correspondiente.

La solicitud puede acompañarse de aquella **documentación** que el solicitante considere oportuna.

El letrado de la Administración de Justicia o juez de paz, en los 5 días hábiles siguientes a aquel en que se presente la solicitud, debe dictar **resolución** sobre su **admisión** y citar a los interesados, señalando el día y hora en que haya de tener lugar el acto de conciliación,.

Entre la **citación** y el **acto de conciliación** deben mediar al menos 5 días. En ningún caso puede dilatarse por más de 10 días desde la admisión de la solicitud.

La **comparecencia** de las partes puede realizarse por sí mismas o por medio de procurador, siendo de aplicación las normas sobre representación recogidas en el Título I del Libro I de la LEC:

- si **no** comparece el **solicitante** ni alega justa causa para no concurrir, se le tiene por desistido y se archiva el expediente. El requerido podrá reclamar al solicitante la indemnización de los daños y perjuicios que su comparecencia le haya originado, si el solicitante no acreditare que su incomparecencia se debió a justa causa. De la reclamación se dará traslado por 5 días al solicitante, y resolverá el letrado de la Administración de Justicia o el juez de paz, sin ulterior recurso, fijando, en su caso, la indemnización que corresponda;
- si es el **requerido de conciliación** el que no comparece o alega justa causa para no concurrir, se pone fin al acto, teniéndose la conciliación por intentada a todos los efectos legales. Si, siendo varios los requeridos, concurre solo alguno de ellos, se celebra con él el acto y se tiene por intentada la conciliación en cuanto a los restantes.

Si el letrado de la Administración de Justicia o el juez de paz, en su caso, considerase **acreditada** la **justa causa** alegada por el solicitante o requerido para no concurrir, se señalará nuevo día y hora para la celebración del acto de conciliación en el plazo de los 5 días siguientes a la decisión de suspender el acto.

**4016** La **celebración** del acto de conciliación tiene lugar en la forma siguiente:

- Comienza el solicitante exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoya.
- Contesta el requerido lo que crea conveniente, y puede también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones.
- Después de la contestación, pueden los interesados replicar y contrarreplicar, si quieren.
- Si no hay avenencia entre ellos, el letrado de la Administración de Justicia o el juez de paz procurarán avenirlos.
- Si se alega alguna cuestión que pueda impedir la válida prosecución del acto de conciliación se da por terminado el acto y se tendrá por intentada la conciliación sin más trámites.
- Si no lo consiguen, se da el acto por terminado sin avenencia.
- Si hay conformidad entre los interesados en todo o en parte del objeto de la conciliación, se hará constar detalladamente en un acta todo cuanto acuerden y que el acto terminó con avenencia así como los términos de la misma.

El desarrollo de la comparecencia se registrará, si fuera posible, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la LEC . Finalizado el acto, se extiende sucintamente el **acta de conciliación** en un libro que lleva el secretario del juzgado. Esta acta se **firma** por todos los concurrentes, y por los que no saben o no pueden firmar, lo hará un testigo a su ruego. Lo mismo se hará con el acta que recoja la circunstancia de haberse intentado el acto sin efecto.

**4018** Efectos

(LJV art.143 , 147 y 148 )

Es necesario distinguir entre los efectos derivados de la presentación de la **solicitud** y los derivados del **acuerdo** obtenido en la conciliación.

La presentación con ulterior admisión de la solicitud, produce la interrupción de la **prescripción**, tanto adquisitiva como extintiva. El plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del letrado de la Administración de Justicia o auto del juez de paz poniendo término al expediente.

En cuanto al **acuerdo** obtenido por las partes, se dota de fuerza ejecutiva a la resolución aprobando lo convenido por las partes y se especifica asimismo a quien corresponde conocer de la **ejecución** al establecer que lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto en el mismo juzgado en que se tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio juzgado. En los demás casos, será competente para la ejecución el juzgado a quien hubiera correspondido conocer de la demanda.

**4019** Se contempla la posibilidad de ejercitar la **acción de nulidad** contra lo convenido en el acto de conciliación, por las causas que invalidan los contratos, debiendo hacerse una **distinción**:

- a) Impugnación por **motivos materiales**: aclarando que la acción de nulidad es comprensiva tanto de la nulidad en sentido estricto, de la anulabilidad, como de la rescisión, y dentro de los plazos señalados en el CC art.1290 a 1314 y no en el de 15 días contemplado en la LJV .
- b) Impugnación por **motivos procedimentales**: solo cuando la impugnación de lo convenido en conciliación se basa en nulidades derivadas de la inobservancia de las normas reguladoras de ese acto, habrá de presentarse en el plazo de 15 días ante el juzgado objetiva y territorialmente competente y por los tramites del juicio declarativo que corresponda ( TS 8-2-1905 ; 22-2-1950 ).

Los **vicios** que pueden afectar de nulidad al acto de conciliación son:

- defectos en las exigencias contenidas en la Ley para su celebración, por inexistencia de alguno de los elementos esenciales;
- defectos en el convenio alcanzado, ya sean de carácter sustantivo o material.

Los jueces de paz remitirán a los de primera instancia de sus respectivos partidos, para que se archiven en ellos, **relaciones semestrales** de los actos de conciliación convenidos.

## II. Diligencias preliminares

(LEC art.256 a 258 , 259 y 260 y 261 a 263 )

<b>4025</b>	A. Presupuestos	4030
	B. Clases	4035

C. Requisitos	4060
D. Procedimiento	4070

4026 Existen ocasiones en las que por ausencia o incertidumbre respecto de algún elemento clave para el litigio resulta necesario desarrollar determinadas actividades tendentes a la preparación del proceso. En el ámbito procesal civil, la mayor parte de estas actividades preparatorias no están reguladas, sino que se desarrollan directamente por las partes o por los abogados de forma extrajudicial. No obstante, existen determinadas actuaciones preparatorias que sí son objeto de regulación normativa en el seno de la LEC, toda vez que para su práctica el justiciable necesita del auxilio de la autoridad judicial. De estas actuaciones preparatorias, en el ámbito civil destacan las diligencias preliminares.

Las diligencias preliminares tienen como **finalidad** la averiguación de datos relevantes, esencialmente, para la determinación de la legitimación pasiva, si bien también pueden servir para determinar la capacidad y/o la legitimación activa. Con ellas se pretende que el justiciable pueda determinar con exactitud ciertos elementos jurídico procesales del hipotético procedimiento y, esencialmente, a quién debe demandar.

La **regulación** de las diligencias preliminares en LEC art.256 a 263 , no debe llevar al equívoco de pensar que las diligencias preliminares solo pueden solicitarse en los procedimientos declarativos, sino que **todo juicio** puede prepararse mediante esta figura ( LEC art.256.1 ).

## A. Presupuestos

4030 Son los siguientes:

1. **Adecuación** de la diligencia solicitada a la situación jurídica y al objeto del futuro pleito, y por ello, a la finalidad de las diligencias y a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta que solo pueden pedirse y acordarse las legalmente previstas.
2. **Justa causa**. No pueden servir de instrumento de presión, ni para preconstituir pruebas sobre el debate del futuro pleito, sino para preparar el juicio, facilitando a las partes datos para poder ejercitar su derecho a la tutela judicial.
3. Ofrecimiento de prestación de **caución** ( AP Barcelona auto 13-12-05, EDJ 280197 ).

## B. Clases

(LEC art.256)

4035 Las **diligencias preliminares** que pueden solicitarse, a los efectos de preparar un juicio, son las que de forma tasada señala LEC art.256.1 . Se exponen a continuación.

4036 **Determinación de la capacidad, legitimación o representación**  
(LEC art.256.1.1º)

Todo juicio puede prepararse por **petición** de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir la verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

Esta diligencia tiene como **finalidad** que el justiciable pueda averiguar determinados datos sobre la personalidad del potencial demandado, no determinar si es responsable del procedimiento que contra él se puede entablar -pues está vedada la posibilidad de formular preguntas sobre el fondo de la cuestión debatida-, sino conocer si reúne las condiciones que la ley exige para que, una vez interpuesta la demanda, esté obligado a comparecer en juicio y contestarla.

Resulta útil en todos aquellos casos en que el justiciable tenga **dudas sobre la legitimación pasiva** de una determinada persona, ya sea por su posible falta de capacidad de obrar, su condición de representante legal o necesario de otra persona (sucesión *inter vivos* o *mortis causa*).

4038 **Exhibición de la cosa a la que haya de referirse el juicio**  
(LEC art.256.1.2º)

**Consiste** en solicitar a la persona a la que se pretende demandar que exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio.

La **finalidad** de esta diligencia es doble:

- fijar la legitimación pasiva del procedimiento; y

- determinar el objeto de la pretensión de dicho proceso.

La vigente regulación no exige que haya de tratarse de una **acción** real o mixta, por lo que puede solicitarse previamente al ejercicio de cualquier clase de acción -también personal-, si la misma puede conducir a obtener la entrega de la cosa.

#### Precisiones

Se refiere no a cuestiones o **problemas de fondo**, porque si así fuera se estaría anticipando la prueba, con quiebra de las garantías inherentes al procedimiento, dejando ya decidida la controversia, sino que la finalidad perseguida es concretar o definir algún **aspecto procesal relativo a la persona** contra la que haya de dirigirse la demanda ( AP Asturias auto 23-12-03, EDJ 263159 ).

#### 4040 Exhibición de un acto de última voluntad (LEC art.256.1.3º)

Todo juicio puede prepararse por petición del que se considere **heredero, coheredero o legatario**, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado.

Esta diligencia es útil tanto para determinar la **legitimación** pasiva como la activa. Así, el heredero de un determinado bien, al conocer mediante la diligencia qué bien es el que se le transmite, está fijando el **objeto del proceso** que entablará para reclamarlo, así como la persona contra la que se dirigirá la demanda.

El único **requisito** que se exige para acordar la exhibición es la acreditación del fallecimiento del autor del acto de última voluntad.

#### 4042 Exhibición de documentos y cuentas de sociedades o comunidades (LEC art.256.1.4º)

En este caso, el juicio puede prepararse por **petición** de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a estas o al consorcio o al condeño que las tenga en su poder.

Esta diligencia no es un medio para el ejercicio del **derecho de información de socios** y comuneros, sino que es una actuación dirigida a la preparación de un potencial procedimiento. Por tanto, el solicitante de la diligencia debe convencer al tribunal de que necesita determinada **información de los libros o cuentas sociales** para poder deducir debidamente la demanda. De esos datos el justiciable puede conocer el alcance de su legitimación activa, así como si puede dirigirse contra algún consocio o comunero o contra el órgano de administración de la sociedad y por qué montante o concepto.

El solicitante debe acreditar, con su solicitud, su **condición de socio o comunero**, con independencia del carácter de la sociedad o comunidad a la que se pertenece.

#### Precisiones

No están justificadas las diligencias preliminares si se puede tener acceso a estos **acuerdos que se encuentran inscritos** en el Registro Mercantil ( AP Cádiz auto 8-4-05, EDJ 154228 ).

#### 4044 Exhibición de contrato de seguro de responsabilidad civil (LEC art.256.1.5º)

**Consiste** en la petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que exhiba al contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

El **objeto** de esta diligencia es averiguar si un siniestro está cubierto por un contrato de seguro de responsabilidad civil para, en su caso, poder demandar también a la compañía aseguradora.

La **petición** puede dirigirse tanto contra la presunta compañía aseguradora como contra el supuesto tomador del seguro.

#### 4046 Exhibición de historia clínica (LEC art.256.1.5º bis)

Se recoge una concreta medida que resulta adecuada para los casos de responsabilidad que presentan la dificultad para el reclamante de que los **instrumentos probatorios idóneos se encuentran en manos del responsable**: la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie en las condiciones y con el contenido

que establece la Ley ( L 41/2002 , básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

**4048 Concreción de los integrantes de un grupo de afectados**  
(LEC art.256.1.6º)

Se prevé la posibilidad de preparar el juicio por la petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. Esta diligencia está prevista para aquellos casos en los que sea necesario el auxilio de la autoridad judicial para determinar a los integrantes de un grupo de afectados o para determinar si el hecho dañoso ha perjudicado a un grupo cuyos componentes son fácilmente determinables **-intereses colectivos-** o son indeterminados o de difícil determinación **-intereses difusos-**.

**4050 Obtención de datos en procesos sobre propiedad industrial o intelectual**  
(LEC art.256.1.7º)

Se prevé la posibilidad de preparar el juicio mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por **infracción de un derecho** de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes:

- a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías.
- b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieran distribuido las mercancías o servicios.
- c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías.

**4051** Las diligencias consistirán en el **interrogatorio** de:

- a) Quien el solicitante considere autor de la violación.
- b) Quien, a escala comercial, haya prestado o utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual.
- c) Quien, a escala comercial, haya utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual.
- d) Aquel a quien los anteriores hubieran atribuido intervención en los procesos de producción, fabricación, distribución o prestación de aquellas mercancías y servicios.

La **solicitud** de estas diligencias puede extenderse al requerimiento de exhibición de todos aquellos documentos que acrediten los datos sobre los que el interrogatorio verse.

**4053 Exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros**  
(LEC art.256.1.8º)

Se prevé la posibilidad de preparar el juicio por petición de quien pretenda ejercitar una **acción por infracción** de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable.

La solicitud debe acompañarse de un **principio de prueba** de la realidad de la infracción que puede consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante puede pedir que el secretario extienda **testimonio de los documentos exhibidos** si el requerido no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada.

Precisiones

Se entiende por **actos desarrollados a escala comercial** aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos.

**4055 Otras diligencias previstas en leyes especiales**

(LEC art.256.1.9º)

Esta **remisión** no contradice la afirmación de que las diligencias preliminares son *numerus clausus*. El legislador se remite a aquellas diligencias previstas específicamente en leyes especiales.

A día de hoy, el único contenido posible de esta remisión es el de las llamadas **diligencias de comprobación de hechos** reguladas en L 11/1986 art.129 a 132 y aplicables a los juicios sobre patentes, marcas ( L 17/2001 disp.adic.1ª ) y competencia desleal ( L 3/1991 art.24 ).

#### 4056 Identificación del prestador de un servicio de la sociedad de la información

(LEC art.256.1.10ª)

Quien pretenda ejercitar una **acción por infracción** de un derecho de **propiedad industrial** o de **propiedad intelectual** puede solicitar que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual, considerando la existencia de un nivel apreciable de audiencia en España de dicho prestador o un volumen, asimismo apreciable, de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas.

La **solicitud** estará referida a la obtención de los datos necesarios para llevar a cabo la identificación y podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos 12 meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar. Los citados prestadores proporcionarán la **información** solicitada, siempre que esta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación, salvo los datos que exclusivamente estuvieran siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de internet en cumplimiento de lo dispuesto en la L 25/2007 , de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

#### 4057 Identificación de un usuario de servicios de la sociedad de la información

(LEC 256.1.11ª)

El **titular de un derecho de propiedad intelectual** que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo puede solicitar que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos 12 meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas.

### C. Requisitos

#### 4060 Competencia

(LEC art.257)

Es competente para resolver sobre las peticiones y solicitudes de diligencias preliminares el juez de primera instancia o de lo mercantil, cuando proceda, del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio.

En los casos de los números 6, 7, 8 y 9 de LEC art.256.1 , es competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Si, en estos casos, se solicitasen **nuevas diligencias**, a raíz del resultado de las hasta entonces practicadas, podrán instarse del mismo tribunal o bien del que, a raíz de los hechos averiguados en la anterior diligencia, resultaría competente para conocer de la misma pretensión o de nuevas pretensiones que pudieran eventualmente acumularse.

#### Precisiones

La **sumisión expresa** a los juzgados pactada en el contrato suscrito por la parte recurrente ha de considerarse como abusiva ( AP Madrid auto 18-1-06, EDJ 18196 ).

La existencia de cláusula de **sumisión a arbitraje**, no impide la solicitud por una de las partes de las diligencias preliminares, toda vez que se trata de una fase anterior al juicio, y que no implica contienda ( AP Baleares auto 14-10-05, EDJ 198363 ).

**4061** No se admitirá **declinatoria** en las diligencias preliminares, pero el juez al que se soliciten revisará de oficio su competencia y si entiende que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer, indicando al solicitante el juzgado de primera instancia al que debe acudir. Si este se inhibe en su competencia, decidirá el **conflicto negativo** el tribunal inmediato superior común ( LEC art.60 ).

**4063** **Postulación**  
(LEC art.23 y 31 )

Se aplican las **reglas generales** sobre postulación y defensa.

## D. Procedimiento

(LEC art.258 a 263 )

**4070** **Solicitud**

El **escrito** solicitando la diligencia preliminar debe referirse sucinta pero suficientemente al objeto del procedimiento que pretende prepararse, acreditando la justa causa y el interés legítimo del solicitante.

Igualmente, debe ofrecerse **caución** para responder tanto de los gastos que ocasionen a las personas que hubieran de intervenir en las diligencias como de los daños y perjuicios que la práctica de la diligencia pudiera causarle al sujeto requerido.

**4071** **Decisión**  
(LEC art.258)

El tribunal puede **rechazar** la petición de diligencias realizada, si no considera que estas resultan justificadas. La solicitud debe resolverse en los 5 días siguientes a su presentación.

Contra el auto que acuerde las diligencias no se dará **recurso** alguno. Contra el que las deniegue, cabrá recurso de apelación.

Si la **caución** ordenada por el tribunal no se presta en 3 días, contados desde que se dicte el auto en que conceda las diligencias, se procederá por el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto dictado al efecto, al archivo definitivo de las actuaciones.

### Precisiones

La **inadmisión** de las diligencias preliminares, puede fundamentarse ( AP Baleares auto 13-10-05, EDJ 172109 ):

- bien en que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos legales;
- bien en que, tratándose de alguna de las diligencias previstas en el precepto, el tribunal considera que las diligencias interesadas no resultan justificadas; o
- bien en que se soliciten frente a personas contra la que no se va a dirigir la demanda.

**4073** **Citación para la práctica de diligencias preliminares**  
(LEC art.259)

En el **auto** en el que se acceda a la solicitud, se ha de citar y requerir a los interesados para que, en la sede de la oficina judicial o en el lugar y del modo que se consideren oportunos, y dentro de los 10 días siguientes, lleven a cabo la diligencia, que haya sido solicitada y acordada.

Para el **examen de los documentos y títulos** a que se refieren las diligencias señaladas en LEC art.256.1 , el solicitante podrá acudir a la sede de la oficina judicial asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a costa del solicitante.

En el caso de las diligencias de LEC art.256.1.7 **-obtención de datos** en procesos sobre propiedad industrial o intelectual-, para garantizar la **confidencialidad** de la información requerida, el tribunal puede ordenar que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada. Esta decisión se adoptará en la forma establecida en LEC art.138.3 y a solicitud de cualquiera que acredite interés legítimo. La información obtenida mediante las diligencias previstas en LEC art.256.1.7º y 8º se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A



instancia de cualquier interesado, el tribunal puede atribuir **carácter reservado** a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

#### 4075 Oposición a la práctica de diligencias preliminares (LEC art.260)

Dentro de los 5 días siguientes a aquel en que reciba la citación, la **persona requerida** para la práctica de diligencias preliminares puede oponerse a ellas. En tal caso, se dará **traslado de la oposición** al requirente, quien podrá impugnarla por escrito en el plazo de 5 días. Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de esta, podrán solicitar la celebración de **vista**, siguiéndose los trámites previstos para los juicios verbales.

Si el tribunal considera **injustificada** la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. Esta decisión se acordará por medio de auto contra el que no cabrá recurso alguno.

Si el tribunal considera **justificada** la oposición, lo declarará así mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación.

#### 4076 Negativa a llevar a cabo las diligencias (LEC art.261)

Si la persona citada y requerida **no atiende el requerimiento ni formula oposición**, el tribunal debe acordar, cuando resulte proporcionado, las siguientes **medidas**, por medio de un auto, en el que exprese las **razones** que las exigen:

1. Si se pide **declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación** del citado, se pueden tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.
2. Si se solicita la **exhibición de títulos y documentos** y el tribunal aprecia que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraran, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.
3. Si se trata de la **exhibición de una cosa** y se conoce o presume fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquella.
4. Si se pide la **exhibición de documentos contables**, se pueden tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.
5. Tratándose de las diligencias para la **determinación de los integrantes de un grupo de afectados** previstas en LEC art.256.1.6 , ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial. Iguales medidas ordenará el tribunal en los casos de **exhibición de historia clínica** y obtención de **datos sobre propiedad intelectual e industrial**, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos ( LEC art.256.1.5 bis, 7 y 8 ).

#### 4078 Decisión sobre aplicación de la caución (LEC art.262)

Cuando se hayan practicado las diligencias acordadas o el tribunal las deniegue por considerar justificada la oposición, este resolverá mediante auto, en el plazo de cinco días, sobre la aplicación de la caución a la vista de la **petición de indemnización** y de la **justificación de gastos** que se le presente, oído el solicitante. La decisión sobre aplicación de la caución es apelable sin efectos suspensivos.

Cuando, aplicada la caución, quede **remanente**, no se devolverá al solicitante de las diligencias hasta que transcurra el plazo de un mes ( LEC art.256.3 ).

### III. Prueba

4085	A. Disposiciones generales	4090
	B. Medios de prueba	4175

#### A. Disposiciones generales

(LEC art.281 a 284 , 285 y 286 a 298 )

4090	1. Aportación probatoria a instancia de parte o de oficio	4100
------	---	------

2.	Carga de la prueba	4105
3.	Valoración	4125
4.	Procedimiento probatorio	4135
5.	Prueba anticipada	4160
6.	Aseguramiento de prueba	4165

**4091** Se entiende por prueba el acto o serie de **actos procesales** por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo. Con ella se busca, por tanto, el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia e inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos.

#### 4093 Perspectiva constitucional

Es jurisprudencia constitucional reiterada la que declara que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un **derecho fundamental**, inseparable del de defensa, que se reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo **contenido** esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso ( Const art.24.2 ) ( TCo 11-9-95 ; 37/2000 ).

Ahora bien, del mismo modo, se ha declarado que en Const art.24.2 no se atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues solo procede la **admisión** de las que, articuladas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de **pertinencia** y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, salvo cuando el rechazo carezca de toda **motivación**, o esta sea insuficiente ( TCo 89/1995 ), o la que se ofrezca resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable ( TCo 52/1989 ; 65/1992 ; 233/1992 ).

**4094** El derecho a la prueba es un derecho de configuración legal, por lo que su **práctica** debe ajustarse a las normas que la disciplinan, de forma que la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio ( TCo 14-1-04 ). En tal sentido, es preciso que:

- Este derecho fundamental no comprenda un hipotético derecho a llevar a cabo una **actividad probatoria** ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las pruebas pertinentes ( TCo 9-10-06 ).
- Las partes procesales hayan solicitado la prueba en la **forma y momento legalmente establecido** y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento ( TCo 236/2002 ; 147/2002 ; 9-10-06 ).
- Los órganos judiciales, a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y práctica de los medios de prueba, se pronuncien sobre su **admisibilidad** motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable ( TCo 147/2002 ; 109/2002 ; 70/2002 ).

**4095** El **rechazo motivado** de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno, ya que la denegación tardía, aunque razonada, de la prueba podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso -con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia- o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria ( TCo 173/2000 ; 96/2000 ).

Para la **vulneración del derecho fundamental a la defensa** debe quedar acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, lo que exige la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito al ser susceptible de alterar el fallo ( TCo 70/2002 ; 1/2004 ; TCo 9-10-06 ).

Tal y como ha señalado el TS ( TS 23-3-10, EDJ 37588 ) el **derecho a utilizar los medios de prueba** pertinentes para la defensa reconocido en la Const art.24.2 , implica, según la jurisprudencia constitucional, que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses ( TCo 173/2000 ; 131/1995 ; 1/2004 ).

El **alcance** de este derecho está sujeto a una delimitación de diverso sentido y que se resume en las siguientes **características** ( TS 22-2-06, EDJ 11930 ):

a) **Pertinencia**. La Const art.24.2 , que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* -supuesto que debe decidirse- ( TCo 147/2002 ; 70/2002 ; 165/2001 ; 96/2000 ), pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones

ajenas a su finalidad ( TCo 96/1981 ; 460/1983 ; 569/1983 ), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en la Const 24.2 ( TCo 17/1984 ).

b) **Diligencia.** Tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio ( TCo 173/2000 y 167/1988 ). Es preciso, por un lado, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento ( TCo 236/2002 ; 147/2002 ; 165/2001 ; 96/2000 ).

c) **Relevancia.** Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (por todas, TCo 157/2000 ); cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa ( TCo 147/2002 ), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito ( TCo 70/2002 ), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente ( TCo 116/1983 ).

#### Precisiones

Si unas pruebas fundamentales figuran grabadas en CD y no es posible visionarlo, es procedente decretar la **nulidad de actuaciones** al ser inviable la reconstrucción de lo actuado, ordenando la devolución de los autos al juzgado a fin de que se celebre, nuevamente el acto del juicio y se dicte la sentencia que proceda, de conformidad con las normas procesales vigentes ( AP Málaga 10-3-06, EDJ 95835 ).

#### 4097 Normativa comunitaria

El Rgto CE/1206/2001 , que sustituye al Convenio La Haya 18-3-1970, relativo a la **obtención de pruebas en el extranjero** en materia civil o mercantil, entró en vigor el 1-7-2001, aplicándose a partir del 1-1-2004, salvo para los art.14, 19, 21 y 22, que lo fueron en aquella fecha, y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, a excepción de Dinamarca que queda excluida.

Por otra parte, cada 5 años, la Comisión presenta al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un Informe relativo a su aplicación ( Rgto CE/1206/2001 art.23 ). Una lectura detenida del Rgto CE/1206/2001 lleva a la conclusión de que el principio informador básico sobre el que gira toda su regulación es la **simplificación**.

#### 1. Aportación probatoria a instancia de parte o de oficio

4100 Por el juego de la aplicación del **principio dispositivo** frente al principio inquisitivo, es a las partes y no al órgano judicial a quien teórica y prácticamente se atribuye toda **iniciativa** en materia de actividades de prueba ( LEC art.282 ).

**Excepciones** a esta regla son las recogidas en LEC art.282 , 216 , 752.1 y, especialmente, LEC art.429.1 , referido a cuando el tribunal considera que las pruebas propuestas por las partes pueden resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo ha de poner de manifiesto a las partes, indicado el hecho o hechos, que a su juicio, pueden verse afectados por la **insuficiencia probatoria**.

Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, puede también señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

Al respecto se ha cuestionado si se trata de un deber o, por el contrario, de una mera **facultad del órgano judicial**, inclinándose la doctrina científica más autorizada y la denominada jurisprudencia menor por considerar que se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano jurisdiccional de la bondad de la pretensión actuada, señalando la citada doctrina jurisprudencial que se trata de una **apreciación subjetiva** que difícilmente puede ser objeto de control externo y *a posteriori* por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, sin que pueda servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas por las partes inadecuadamente, así como que las actuaciones no se pueden retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a las partes para proponer la necesaria para acreditar su derecho ( AP Murcia 15-2-02, EDJ 11913 ; AP Badajoz 3-5-02, EDJ 40005 ; AP Lugo 29-5-02, EDJ 32229 ; AP Navarra 16-4-02, EDJ 19458 ; AP Burgos 23-7-02, EDJ 43197 ; AP Córdoba 6-2-03, EDJ 10258 ).

También excepcionalmente, como **diligencias finales**, el tribunal puede acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba 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. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos ( LEC art.435.2 ).

4105	a. Vulneración de derechos fundamentales	4115
	b. Reglas especiales	4120
	c. Acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia	4124

4106 Las normas de **carga de la prueba**, aunque solo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Son, asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos.

Las normas que regulan la carga de la prueba no tienen más **objeto** que establecer una serie de pautas que le solucionen al juez el problema del hecho incierto -carga objetiva de la prueba- y su **fundamento** se extrae de un dato sociológicamente incontrovertible y es que no siempre es posible probar la realidad de todos los hechos. En tal caso, el juzgador debe disponer de normas que le faciliten el ejercicio de su función jurisdiccional; y una de ellas es precisamente esta: las normas reguladoras de la carga de la prueba.

El proceso es un instrumento demasiado imperfecto y como tal la ley tiene que contar con la eventualidad de que un hecho, aun existente en la realidad, no consiga ser probado. Naturalmente, que un hecho se dé por probado o no es una cuestión que compete al juez; todo dependerá de los **estándares** que utilice a tal fin, aunque desde luego esta operación está sometida a la crítica por parte de los tribunales superiores que pueden perfectamente revisar su decisión.

Las normas de la carga de la prueba se encuentran por ello estrechamente vinculadas al principio de **aportación de parte**. Corresponde a las partes la iniciativa en materia probatoria ( LEC art.282 ).

Las normas de la carga de la prueba van dirigidas al juez, que es el obligado a aplicarlas. Se trata, pues, de normas de **carácter imperativo** y, por lo tanto, no son susceptibles de ser modificadas convencionalmente. El juez es el principal destinatario de las mismas de modo que su **inobservancia** provoca el que la sentencia pueda ser impugnada, incluso mediante el recurso de casación y, si afecta a los derechos fundamentales, sobre todo en materia de inversión por conductas antidiscriminatorias, también a través del recurso de amparo ( TCo 41/1999 ; 153/2000 ). Esta es la razón por la cual una decisión del juez que no responda a tales criterios es impugnable, no tanto porque se haya equivocado al valorar la prueba, sino porque no ha sabido aplicar correctamente lo dispuesto en la ley.

4107 Conviene destacar en todo caso que las normas sobre la carga de la prueba surgen como consecuencia de la aplicación al ámbito del proceso de una serie de **reglas lógicas**, basadas en máximas de experiencia, que nos indican quién debe sufrir las consecuencias negativas de la falta de prueba de un determinado hecho.

Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase **dudosos** unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones ( LEC art.217 ).

Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la **certeza de los hechos** de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

### Precisiones

Téngase en cuenta que en los procesos sobre **competencia desleal** y sobre **publicidad ilícita** corresponde al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en **actuaciones discriminatorias por razón del sexo**, corresponde al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

4108 A los efectos anteriores, el órgano judicial, a instancia de parte, puede recabar, si lo estima útil y pertinente, **informe o dictamen de los organismos públicos** competentes.

Las normas precedentes se aplican siempre que una disposición legal expresa no distribuya con **criterios especiales** la carga de probar los hechos relevantes y se aplicarán teniendo siempre presente el órgano judicial la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado la **doctrina sobre la facilidad y disponibilidad probatoria** que puede sintetizarse señalando que, si bien cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, esta regla puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal ( CC art.7 ; LOPJ art.11 ) : hay datos de hecho fáciles para probar para una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditación para la otra ( TS 2-11-92, EDJ 10719 ).

#### Precisiones

Cuando las **fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes** del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad ( Const art.118 ; TCo 227/1991 ).

- 4109 Por tanto, en principio corresponde al **actor** la prueba de los hechos constitutivos y al **demandado** la de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes.

Atendiendo a esta clasificación, por lo general se consideran **hechos constitutivos** aquellos que dan vida a la relación jurídica que se hace valer. Son hechos necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada. Por lo general se identifican con los actos o negocios que fundamentan la pretensión deducida por el actor. La consideración de que el hecho constitutivo pueda ser negativo ha suscitado algunas dudas doctrinales. La doctrina clásica siempre entendió que el hecho negativo no debe ser objeto de prueba (*negativa non sunt probanda*) al entender que no cabe fundamentar una pretensión sobre hechos de esta naturaleza. El problema reside en la hipótesis de que tal circunstancia sea invocada por el demandado para defender la desestimación de la demanda.

Los **hechos impositivos** poseen la cualidad de privar a un hecho de la facultad de desarrollar su efecto normal, tal como sucede por ejemplo con los actos que ocasionan la nulidad de los negocios jurídicos. En cambio los **hechos extintivos**, si bien no niegan la existencia del título sobre el que el actor fundamenta su pretensión, hacen cesar las circunstancias que dan vida a la acción ejercitada, tal como ocurre, por ejemplo, con el cumplimiento de la obligación. Estos últimos deben ser tenidos en cuenta con independencia de quién los haya aportado al proceso, lo que no ocurre con otra categoría de hechos, excluyentes, los cuales se caracterizan por ser el fundamento de las verdaderas excepciones en sentido propio, de modo que, como más adelante se indicará, estos solo pueden ser tenidos en cuenta en la medida en que son afirmados.

Los **hechos excluyentes o enervantes** solo pueden ser tenidos en cuenta por el juez si el demandado los alega, al tener la consideración de derecho potestativo aunque, naturalmente, si su realidad ha sido acreditada en el proceso, el juez necesariamente lo tiene que tener en cuenta, pero, en caso contrario, corresponde al demandado su prueba y, consiguientemente, las consecuencias negativas que acarrea su falta de prueba.

- 4110 En este sentido, parece que la ley quiere que se siga un criterio que opera en **cascada**. Primero exige examinar el carácter del hecho que sirve de fundamento a la pretensión ejercitada y, a partir de ahí, averiguar cuáles son los hechos cuya prueba corresponde al demandado, con lo que se eliminan las dificultades a las que se acaba de hacer referencia. No obstante, a veces en la práctica no resulta tan sencillo apreciar las circunstancias concretas de los hechos que se oponen con el objeto de contrarrestar el derecho del actor; todo depende de cuál sea la posición que ocupe en el proceso quien lo alegue en su favor.

Por eso, la jurisprudencia, erróneamente, suele simplificar estas reglas, imponiendo siempre al demandado la **carga de la prueba** de cualquier hecho que sirva para desvirtuar el derecho del actor. Con ello, si bien se aleja el peligro de tener que determinar en cada caso la naturaleza exacta de cada uno de ellos, se corre el riesgo también de que eso acabe interpretándose en el sentido antes mencionado, esto es, obligando al demandado a probar siempre todos los hechos que alegue en defensa de su derecho.

- 4111 El problema de la carga de la prueba surge frente a la **ausencia de elementos de juicio** susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, dado que, en ese caso y por la prohibición del *non liquet*, se hace necesario identificar a aquella sobre la que ha de recaer el **perjuicio derivado de la falta de prueba**.

#### Precisiones

1) Las reglas de distribución de la carga de prueba solo se infringen cuando, por no haberse considerado probados unos hechos que estaban necesitados de demostración, se atribuyan las **consecuencias del defecto** a quién según

ellas, sean generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le correspondía sufrir la imputación de la laguna o deficiencia probatoria ( TS 14-6-10, EDJ 133398 ).

2) Se sigue de ello la improcedencia y el consiguiente fracaso de denunciar la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba para **impugnar la valoración de los medios** efectivamente practicados, dado que aquellas no contienen criterios o máximas sobre tal materia ( TS 1-6-11, EDJ 130909 ).

3) Las cuestiones referidas a la carga de la prueba quedan exceptuadas del **recurso de casación**, estando el mismo limitado a la revisión de las cuestiones de derecho sustantivo, debiendo plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal ( TS 29-12-10, EDJ 279606 ).

4) Si bien el demandado, en la contestación a la demanda tiene la carga de negar o admitir los hechos aducidos por el actor, pudiendo el tribunal considerar el silencio o las respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales ( LEC art.405.2 ), las **respuestas ambiguas**, las **insinuaciones**, el **silencio o falta de negación** del demandado sobre determinados extremos de hecho, no relevan de la carga de probar, al no constituir plena conformidad de las partes, puesto que la LEC deja al arbitrio de los tribunales considerar el silencio o las evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales ( TS 22-2-11, EDJ 120440 ).

5) Es reiterada la jurisprudencia sentada respecto a la correcta interpretación del CC art.1214 -doctrina aplicable a la vigente LEC art.217 , en cuanto se refiere a qué posición litigante, actor o demandado, corresponde probar los hechos deducidos en juicio y que resulten controvertidos-, habiendo reiterado en diversos fallos el Tribunal Supremo que este precepto **no contiene norma valorativa de prueba** y que solo puede ser alegado como infringido en **casación** cuando se acuse al juez de haber invertido la carga de la prueba que a cada parte corresponde: al actor, la de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos ( TS 15-4-82, EDJ 2254 ; 7-7-82, EDJ 4565 ; 15-2-85, EDJ 7166 ; 8-3-91, EDJ 2528 ). La aplicación de esta doctrina ha de efectuarse de forma armónica en conexión con los hechos debatidos en el pleito y que son probados, y de modo subsidiario para cuando **no exista prueba suficiente** ( TS 30-11-82, EDJ 7402 ; 19-5-87, EDJ 15962 ; 10-5-88, EDJ 3944 ; 19-12-89, EDJ 11464 ; 27-2-90, EDJ 2157 ; 10-5-90 ; 2-6-95, EDJ 24225 ), precisándose la doctrina del *onus probandi* no tiene otro alcance que el señalar las consecuencias de la falta de prueba y no es aplicable por consiguiente, cuando la sentencia establece con precisión la resultancia probatoria obtenida a través de la apreciación de los medios de prueba aportados al pleito ( TS 5-10-88, EDJ 16797 ).

6) Para precisar a quién debe corresponder la facultad de demostrar el fundamento esgrimido, la obligación de probar los hechos normalmente **constitutivos** de su pretensión corresponde al actor y, por el contrario, es atribución del demandado la de los **impeditivos o extintivos** de la relación jurídica en discusión, sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso, a los fines de analizar los factores que se ofrecen para deducir por ellos cuál es el hecho que origina la constitución del derecho que se pide, o la extinción que la origina, llevándolo a declarar en otros, que cuando el demandado no se limita a negar los hechos de la demanda y opone otros que sirven para desvirtuarlos, impedirlos o extinguirlos, queda, en cuanto a estos, gravado con la demostración de aquellos que constituyen la base de su oposición ( TS 8-3-96, EDJ 52220 ).

7) El problema de la carga de la prueba es el problema de la **falta de la prueba**, y su infracción debe alegarse como infracción de normas reguladoras de la sentencia ( LEC art.469.1.2º ); pero este motivo del recurso la pone en relación con otras normas que pueden ser infracción de las que rigen los actos y garantías del proceso ( LEC art.469.1.3º ), que exige que se prevea la nulidad o cause indefensión y que se haya denunciado en la instancia ( TS 10-2-11, EDJ 10615 ).

#### a. Vulneración de derechos fundamentales

4115 En determinados supuestos, y bajo concretas circunstancias, las reglas de la carga de la prueba se ven afectadas cuando se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas o prácticas discriminatorias.

En aquellos procedimientos, excepto en los penales, en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en **actuaciones discriminatorias por razón de sexo**, corresponde a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A estos efectos, el órgano judicial, a instancia de parte, puede recabar, si lo estima útil y pertinente, **informe o dictamen** de los organismos públicos competentes ( LO 3/2007 art.13 ).

Asimismo, en aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de **discriminación por razón de discapacidad**, corresponde a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Esta previsión no se aplica a los procesos penales, ni a los contencioso administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras. Asimismo, cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, el juez o tribunal, a instancia de parte, puede recabar **informe o dictamen** de los organismos públicos competentes ( RDLeg 1/2013 art.77.1 ).

4116 En todo caso, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una **conducta lesiva** de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a **motivos razonables** y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este **desplazamiento al demandado**

de la carga de la prueba no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta del demandado, sino que ha de acreditar la existencia de **indicios** que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria. El demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales ( TCo 16/2006 ; 125/2008 ; 92/2009 ).

#### Precisiones

La prohibición de **discriminación por razón de sexo** tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano ( Const art.10.1 ). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión de lo establecido en Const art.14 , cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio ( TCo 17/2003 ).

#### b. Reglas especiales sobre la carga de la prueba

**4120** Las normas generales sobre carga de la prueba se aplican siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes; si bien para su aplicación el órgano judicial debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio ( LEC art.217.5 ). A continuación se hace referencia a algunos **supuestos**:

**a)** Las personas físicas o jurídicas que realizan, de manera profesional, la **concesión de préstamos o créditos hipotecarios** bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, así como la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción, están obligados a probar el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito ( L 2/2009 art.8 ).

**b)** Corresponde al proveedor de **contratos de servicios financieros prestados a distancia** ofrecidos por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de la ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución ( L 22/2007 art.17 ).

**4121 c)** La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información establecidos en la ley de **servicios de pago** y sus disposiciones de desarrollo en las operaciones de pago singulares, contratos marco y operaciones de pago afectadas por dichos contratos recae sobre el proveedor de servicios de pago ( L 16/2009 art.20 ).

**d)** Corresponde a la empresa o profesional la prueba del cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley de protección de consumidores en la **contratación de bienes con restitución de precio** que regula las relaciones jurídicas con los consumidores y usuarios de las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional no regulada por la legislación financiera, comercializan bienes con oferta de restitución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de este importe ( L 43/2007 art.7 ).

**e)** Corresponderá al titular del **aparcamiento** la prueba del abandono del vehículo y del transcurso del período de 6 meses a los efectos de proceder a la retirada del vehículo que se encontrara en un aparcamiento de su titularidad ( L 40/2002 art.6 ).

**4122 f)** En el ámbito del contrato de **transporte terrestre de mercancías** se establecen una serie de reglas que invierten la carga de la prueba en determinados supuestos; no se aplicarán, sin embargo, las normas que excluyan o limiten

la responsabilidad del porteador o que inviertan la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción ( L 15/2009 art.62 ).

**g)** Corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su **derecho de desistimiento** con arreglo a lo previsto en la ley. Este desistimiento es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo de 14 días naturales, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso, se considera válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos ( RDLeg 1/2007 art.70 y 72 ).

**h)** El explotador de una instalación nuclear será responsable de los **daños nucleares** durante el almacenamiento, transformación, manejo, utilización en cualquier forma o transporte de sustancias nucleares. Esta responsabilidad es independiente de la existencia de dolo o culpa, y está limitada en su cuantía hasta el límite que se señala la ley. Si el explotador prueba que los daños nucleares se debieron total o parcialmente a la acción u omisión dolosa o con negligencia grave de la persona que los sufrió, el órgano jurisdiccional competente podrá exonerar total o parcialmente al explotador de su responsabilidad frente a esa persona ( L 12/2011 art.6 ).

### c. Acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia

(LEC art.283 bis.a a 283 bis.k redacc RDL 9/2017)

**4124** Se regulan las **acciones de daños** derivadas de infracciones del Derecho de la competencia que se ejerciten en territorio español, con independencia de que la **infracción** hubiese sido declarada por la Comisión Europea o por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o por una autoridad de la competencia u órgano judicial nacional -español- o de cualquier Estado miembro de la Unión Europea-.

En particular, se regulan la **exhibición de las pruebas** en estos procesos y las reglas de **confidencialidad** cuando se trate de la exhibición de pruebas que presenten este carácter, disponiéndose las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba ( LEC art.283 bis.a y 283 bis.k redacc RDL 9/2017).

Asimismo, se establece a quién corresponde el pago de los **gastos** que ocasione la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba, así como que el tribunal, a petición, podrá establecer que el solicitante preste **caución** suficiente para responder de los gastos, así como de los daños y perjuicios que se le pudieran irrogar ( LEC art.283 bis.c redacc RDL 9/2017).

La **competencia** para resolver la solicitud de las medidas de acceso a fuentes de prueba corresponde al tribunal esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, al que sea competente para conocer de la demanda principal ( LEC art.283 bis.d redacc RDL 9/2017).

Estas medidas pueden solicitarse antes de la incoación del proceso, en la demanda, o durante la pendencia del proceso. Cuando las medidas se acuerden antes de la incoación del proceso, el solicitante ha de presentar demanda en los 20 días siguientes a la terminación de su práctica ( LEC art.283 bis.e redacc RDL 9/2017).

También se determinan el **procedimiento** y **ejecución** de la medida de acceso, así como, las consecuencias de la **obstrucción** a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba ( LEC art.283 bis.f, g y h redacc RDL 9/2017).

Por último, se disponen **reglas especiales** a la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia y los límites impuestos al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia ( LEC art.283 bis.i y j redacc RDL 9/2017).

### 3. Valoración

**4125** Es el acto por el que el órgano judicial valora o fija la **eficacia** de cada uno de los medios de prueba practicados y se verifica en el mismo momento en que decide finalmente el proceso, esto es, dentro de la sentencia que emite.

Es frecuente distinguir entre un **sistema de prueba legal** (o tasada) y un sistema de **libre valoración**. En los primeros se atribuye a la prueba un efecto determinado; en los segundos se somete a las reglas de la sana crítica.

Precisiones



En la jurisprudencia se han ofrecido pluralidad de nociones sobre «**reglas de la sana crítica**», aunque, en definitiva, se las vincula ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia, siendo muy extendida la noción de que constituyen el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba ( AP Madrid 28-11-06, EDJ 411673 ; AP Gipuzkoa 15-5-06, EDJ 398652 ).

**4126** La LEC establece **normas de valoración tasada**:

- para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en los que intervino personalmente ( LEC art.316.1 );
- sobre fuerza probatoria de los documentos públicos ( LEC art.319 ; CC art.1218 );
- sobre fuerza probatoria de los documentos privados ( LEC art.326 ; CC art.1225 ).

Y otras **normas de valoración basadas en la sana crítica**:

- para el interrogatorio de parte, cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros medios de prueba ( LEC art.316.2 );
- para la prueba pericial ( LEC art.348 );
- para el interrogatorio de testigos ( LEC art.376 );
- para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes ( LEC art.382.3 ).

En realidad, el legislador ha establecido un sistema de **libre valoración de la prueba**, pues salvo las transcritas reglas de prueba tasada (interrogatorio de partes -y en los términos acotados- y valor de los documentos públicos y privados), existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica (interrogatorio de parte -en los términos ya precisados-, testifical, prueba pericial, reconocimiento judicial y medios de filmación, grabación y semejantes).

**4127**

Precisiones

Sobre la **valoración de la prueba hecha por el juzgador de instancia por el órgano judicial de segunda instancia** se ha señalado lo siguiente ( AP Toledo 16-10-06, Rec 315/06 , ponente: Rafael Cáncer Loma):

La **inmediación** sitúa al juez de primera instancia en una posición privilegiada para valorar la prueba practicada en su presencia, lo que, unido al principio de libre valoración, motiva que sea frecuente entre las Audiencias entender que el control que puede hacerse en segunda instancia de la valoración efectuada por el juez *a quo* debe ceñirse al respeto de las reglas relativas al *onus probandi*, a la legalidad de la prueba practicada y a la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad de las apreciaciones y conclusiones que se extraen de dichas pruebas ( AP Bizkaia 11-4-02, EDJ 33718 ; AP Palencia 26-12-02, EDJ 70903 ; AP Alicante 2-7-02, EDJ 49897 ; 31-1-03, EDJ 18216 ; AP Córdoba 21-2-03, EDJ 10190 ; AP Toledo 17-12-03, EDJ 220129 ).

Desde esta perspectiva, no puede hacerse reproche alguno a la valoración que hace el juzgador del resultado que arroja la prueba (conclusiones fácticas impugnadas) en función del cúmulo de impresiones directas que el principio de oralidad e inmediación le permite, pudiendo aquel apreciar personalmente su resultado, así como la forma de expresarse y conducirse de los testigos y las partes en la narración de los hechos. Así, no existe obstáculo legal o procesal que impida otorgar mayor **credibilidad** a la declaración de uno o de varios testigos frente a la versión ofrecida por otros o por las partes, no siendo revisable la prueba practicada en la instancia en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el juzgador al no intervenir el órgano judicial de segunda instancia en la actividad probatoria, evitando con ello el riesgo de incurrir en interpretaciones subjetivas.

En esta misma línea, AP Salamanca 18-9-06 (Rec 148/06 , ponente: José Ramón González Clavijo).

**4129** Revisión en casación

(LEC art.447.1º)

La revisión en casación de la valoración de los distintos medios de prueba choca con la negativa reiterada del Tribunal Supremo a revisar en casación la **infracción de las reglas** de la sana crítica, salvo que se trate de valoraciones absurdas o ilógicas, bajo el argumento que tales reglas no aparecen recogidas en precepto alguno y, por ello, no podían fundar la casación en el error de Derecho ( TS 18-6-09, EDJ 150901 ; 30-9-09, EDJ 225062 ; 30-10-09, EDJ 283145 ; 4-1-10, EDJ 11496 ; 15-1-10, EDJ 11494 ; 15-4-10, EDJ 71252 ; 17-6-10, EDJ 152966 ; 3-1-11, EDJ 5183 ; 28-2-11, EDJ 13859 ; 11-4-11 EDJ 34629 ; 30-6-11, EDJ 143961 ; entre otras).

**4. Procedimiento probatorio**

**4135** a. Proposición

4140

**a. Proposición**

(LEC art.284 s.)

4140 La proposición de la prueba se realiza haciendo constar con separación los distintos **medios**, e indicando el **domicilio** de las personas que deben intervenir en la práctica de la prueba.

Cada medio de prueba en concreto se trata en nº 4175 s. , exponiéndose su **modo de proposición**.

**b. Admisión**

(LEC art.285)

4145 El tribunal ha de resolver sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. Contra la **resolución** que admita o inadmita cada una de las pruebas solo cabe **recurso** de reposición, que ha de sustanciarse y resolverse en el acto. Si se desestima, la parte puede formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

Para que pueda apreciarse la **vulneración del derecho a la prueba** se exige ( TCo 43/2003 ):

- que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto;
- que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial;
- que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.

**4147 Requisitos**

La admisión de la prueba pasa por que el órgano judicial aprecie su **pertinencia, utilidad y legalidad**. Por tanto, solo procede la admisión de las que, articuladas en tiempo y forma, son lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, salvo cuando el rechazo carezca de toda motivación, o esta sea insuficiente ( TCo 89/1995 ), o la que se ofrezca resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable ( TCo 52/1989 ; 65/1992 ; 94/1992 ; 233/1992 ).

No debe admitirse por el juzgador ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse **impertinente**. La Constitución se refiere a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa ( Const art.24.2 ), lo que implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la admisión y práctica de las que sean **pertinentes**, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*, pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad, vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en dicho precepto ( TCo 147/2002 ; 70/2002 ; TS 23-3-10, EDJ 37588 ).

4148 Tampoco deben admitirse, por **inútiles**, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Es exigible que se acredite por la parte que denuncia que se le ha causado, por la denegación de alguna prueba, una **indefensión constitucionalmente relevante**, que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito al ser susceptible de alterar el fallo a su favor ( TCo 147/2002 ; TS 23-3-10, EDJ 37588 ).

Asimismo, nunca se admitirá como prueba cualquier **actividad prohibida** por la ley. Cuando alguna de las partes entienda que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes ( LEC art.287 ). Sobre esta cuestión, que también puede suscitarse de oficio por el tribunal, ha de resolverse en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, ha de oírse a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

Contra la resolución anterior solo cabe recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva ( LEC art.287.2 ). Se establece, por tanto, un **incidente procesal** para que quien sostiene la ilicitud de las pruebas aportadas al proceso y admitidas, lo ponga de manifiesto a los efectos de

evitar que tales pruebas figuren entre los documentos. Esto es, se impone a la parte que sostiene que los documentos u otras pruebas se han obtenido de forma ilícita y que se hayan admitido, la carga de probar que para obtener aquella prueba se han violado derechos fundamentales o bien que ella misma constituye una lesión de tales derechos ( TS 28-4-11, EDJ 60598 ).

4149

#### Precisiones

1) Respecto de la **correspondencia privada** que pudiera vulnerar el derecho a la intimidad, debe distinguirse entre la ilegalidad de la obtención y la idoneidad de dicho documento para probar. Entran en juego dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva ( Const art.24 ), y el derecho a la intimidad ( Const art.18.1 ), debiendo efectuarse una adecuada ponderación, por lo que no debe prevalecer siempre la intimidad ( TS 8-4-10, EDJ 71254 ).

2) Respecto a la licitud de una prueba, el Tribunal Constitucional considera que hay que ponderar en cada caso los **intereses en tensión**, para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos -interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales-. No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita, concluyendo por ello que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente obtenida, no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental, afectando a este por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso ( TC 114/1984 ).

3) La aportación de documentos sobre la existencia de **conversaciones previas** al procedimiento entre los letrados en aras de evitar el mismo, no vulnera el derecho a la intimidad de ninguna de las partes ( AP Castellón 8-6-04, EDJ 214674 ).

4) La **ilicitud** no ha de referirse a la prueba en sí, sino al **modo en que la misma se consigue** y, cuando se emplean medios ilícitos, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto, no ha de ser tenida en cuenta. Así acontece cuando se aporta copia de la sentencia pronunciada por el juzgado de lo penal que condena a dos gerentes de la actora como autores de un delito de coacciones, integrando en los hechos que se declaran probados que los condenados accedieron al almacén del demandado con el consentimiento del vigilante, donde procedieron a cargar en dos camiones diversos géneros, así como el ordenador y casi toda la documentación contable del mismo. Se trata de prueba ilícita puesto que fue obtenida con vulneración de sus derechos de libertad y propiedad ( TS 29-3-07, EDJ 21002 ).

4150

5) Cuando las partes hayan acudido previamente a la vía de la **mediación**, la normativa que regula este medio de solución extrajudicial de conflictos, suele prever que, en la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate ( L Cataluña 1/2001 art.13 ). Sin embargo, este **deber de secreto**, que alcanza al mediador y a las propias partes, se refiere a «informaciones confidenciales», que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse a todo lo actuado en el mismo, como puede ser un acuerdo libremente adoptado por las partes y de relevancia para el proceso ( TS 2-3-11, EDJ 11662 ).

6) En el caso de que se hubiera incorporado a la demanda un **CD con una grabación** realizada por un profesional de la investigación privada, la parte demandada, desde que tiene conocimiento de la misma, tiene la carga, si así lo considera, de denunciar su ilicitud de manera expresa. Si así no lo hace al contestar la demanda o en la audiencia previa del juicio ordinario, momento en que se procede a admitir las pruebas, no podrá oponerse a su admisión. No es posible que la prueba haya sido lícita durante todo el proceso y justo en el juicio, cuando la otra parte no puede realizar alegaciones ni proponer prueba para corroborarlas, transmute en ilícita ( JM Bilbao núm 1 20-3-07, EDJ 151596 ).

7) No se reacciona adecuadamente cuando, sin utilizar el incidente previsto en LEC art.287 , se formula una **oposición general en la contestación a la demanda** con expresiones tales como «se impugnan cuantos documentos se le atribuyan, directa o indirectamente en la demanda al Sr. X que no sean reconocidos expresamente por este en este procedimiento». Esa genérica oposición no es suficiente puesto que debe iniciar el incidente específico cuando se admitieron las pruebas cuya ilicitud se sostiene ( TS 28-4-11, EDJ 60598 ).

8) A los efectos del **recurso por infracción procesal**, poniendo en relación LEC art.287 y 469.2 , como la carga de acreditar la ilicitud de la prueba corresponde a quien la sostiene, a quien la ley obliga a ponerlo de manifiesto inmediatamente después de su admisión, y a recurrir en reposición contra la decisión que resuelva el incidente, el incumplimiento de este requisito ha de valorarse a los efectos de la LEC art.469.2 como un presupuesto de inviabilidad del recurso por infracción procesal ( TS 28-4-11, EDJ 60598 ).

4152 **Práctica de la prueba admitida**

(LEC art.288 a 292 )

Las pruebas se han de practicar contradictoriamente en **vista pública**, o con publicidad y documentación similares si no se llevan a efecto en la sede del tribunal.

Es inexcusable la **presencia judicial** en:

- el interrogatorio de las partes y de testigos;
- el reconocimiento de lugares, objetos o personas;
- la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos; así como,
- las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales.

En cambio, se llevan a cabo **ante el letrado de la Administración de Justicia**:

- la presentación de documentos originales o copias auténticas;
- la aportación de otros medios o instrumentos probatorios;
- el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado;
- la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras; y
- la mera ratificación de la autoría del dictamen pericial, siempre que tengan lugar fuera de la vista pública o el letrado de la Administración de Justicia estuviera presente en el acto.

No obstante, el tribunal ha de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualesquiera otros medios o instrumentos que se aporten.

4153

#### Precisiones

**1) El principio de contradicción**, de indiscutible aplicación a todo proceso, garantiza no solo el acceso de las partes al proceso en plano de igualdad y el ejercicio en él de la facultad de formular alegaciones y contraalegaciones en defensa de sus derechos e intereses legítimos *-audiatur et altera pars-*, sino también el desarrollo de las facultades de probar e **intervenir en la prueba ajena** para controlar su correcta práctica y contradecirla que comporta la proposición de pruebas y contraprueba sobre los hechos controvertidos y la intervención en la práctica de todas las admitidas a instancia de cualquiera de las partes. La contradicción no exige en cambio que la confrontación y la intervención de las partes en ellas sea real, bastando con que resulte posible, por haberseles ofrecido la oportunidad de hacerla efectiva ( TCo 176/1988 ; 130/1996 ; 76/1999 ; TSJ Galicia 27-10-05, EDJ 180340 ).

**2) Se ha considerado que no se vulnera el derecho de contradicción en la práctica de la prueba de aportación de los libros de actas** de la entidad demandada, en la sede de esta última, sin habersele dejado intervenir en su práctica a la demandante y no haberse respetado el plazo de 5 días de la LEC art.290 , ni haber podido servirse de auxiliares técnicos. Ello por cuanto que, en el momento de la proposición de la prueba de exhibición de los libros, la parte solicitante no pidió estar presente por sí o por algún experto, y la dación de fe pública judicial que ostenta el secretario ofrece garantías suficientes para llevar a cabo el cometido encomendado sin que el derecho de defensa de las partes pueda resentirse por la ausencia de su presencia en su práctica. Esta forma de decidir la exhibición se entendió, además, como la más adecuada para garantizar la **confidencialidad de la información** y de aquellos datos ajenos a la resolución del pleito, preservando el carácter secreto de tales contenidos ( AP Badajoz 2-2-05, núm 31/2004 ).

4154 **Unidad de acto**

Todas las pruebas han de practicarse en unidad de acto. Como **excepción**, el tribunal puede acordar, mediante providencia, que determinadas pruebas se celebren fuera del acto de juicio o vista. En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia señalará, con al menos 5 días de antelación, el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista. Si, excepcionalmente, la prueba no se practica en la sede del tribunal, se determinará y notificará el lugar de que se trate. Estas pruebas se practicarán en todo caso **antes del juicio o vista**.

Aunque no sean sujetos u objetos de la prueba, las partes serán citadas con **antelación** suficiente, que será de al menos 48 horas, para la práctica de todas las pruebas que hayan de practicarse fuera del juicio o vista. Las partes y sus abogados tendrán en las actuaciones de prueba la intervención prevista según el medio de prueba de que se trate.

4155 **Deber de comparecencia**

Los testigos y peritos citados tienen el deber de comparecer en el juicio o vista señalado. La **infracción** de este deber se sanciona por el tribunal, previa audiencia por 5 días, con multa de 180 a 600 euros. Al tiempo de imponer la multa el tribunal requerirá, mediante providencia, al multado para que comparezca cuando se le cite de nuevo por el letrado de la Administración de Justicia, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad.

Cuando, sin mediar previa excusa, **un testigo o perito no comparece** al juicio o vista, el tribunal, oyendo a las partes que han comparecido, decidirá, mediante providencia, si la audiencia ha de suspenderse o debe continuar.

Cuando, también sin mediar previa excusa, **no comparece un litigante** citado para responder a interrogatorio, el tribunal puede considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial. En la citación se de apercibir al interesado que, en caso de

incomparecencia injustificada, se producirá este efecto. Asimismo, se le impondrá por la incomparecencia multa de 180 a 600 euros.

#### Precisiones

La aplicación de la consecuencia de **tener por confesa a la parte que no comparece** pese a ser citada ( LEC art.304 ) se trata de una facultad soberana del órgano judicial, por tanto, si no arbitraria, sí discrecional; y exige un paso previo para que pueda considerarse esa posibilidad, y es que para la aplicación de la admisión de hechos derivada de la incomparecencia a juicio que es tan drástico en sus efectos, sobre todo cuando no hay más pruebas en autos sobre el hecho objeto de litis, deben cumplirse estrictamente los requisitos de la citación con apercibimiento a la parte citada de que en caso de incomparecencia injustificada se podrán considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiera intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le fuera enteramente perjudicial ( AP Pontevedra 12-4-07, EDJ 124258 ).

#### 4156 Retraso en la ejecución

El litigante por cuya causa no se ejecute temporáneamente una prueba admitida será sancionado por el tribunal con **multa** no inferior a 60 euros ni superior a 600 euros, salvo que acredite falta de culpa o desista de practicar dicha prueba si él la hubiese propuesto. La multa se impone en el acto del juicio o en la vista, previa audiencia de las partes.

#### Precisiones

1) Todo medio de prueba, **propuesto en forma y admitido**, debe ser practicado, debiéndose arbitrar los medios que la Ley otorga para que esta lógica finalidad se cumpla, evitando cualquier clase de posible indefensión para la parte que ha puesto en marcha la actividad que le incumbía conforme a las reglas de la carga de la prueba y ha visto omitidas pruebas que a su juicio eran relevantes o decisivas para la defensa de sus pretensiones ( TS 20-10-10 ; 31-5-11, EDJ 95532 ).

2) La práctica de la **prueba propuesta y admitida** es, además, una carga que la ley impone a la parte que la propone, determinada por el contenido mismo del derecho constitucional a no sufrir indefensión ( Const art.24.1 ), y a actuar diligentemente durante el proceso, haciendo uso de todos los medios a su alcance para evitar su padecimiento. Su **incumplimiento** excluye toda idea de indefensión, conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que declara que solo es constitucionalmente relevante la indefensión imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, quedando excluida la indefensión debida a la **pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia** de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan ( TCo 5/2004 ; 160/2009 ; TS 14-3-11 ; 31-5-11, EDJ 95532 ).

3) La **falta de exhibición o de aportación** de un medio de prueba documental o de otro carácter, solicitado por una de las partes y que obre en poder de la parte contraria no ha de determinar necesariamente la sanción que prevé la LEC art.288 . La multa a la parte por no cumplimentar un medio de prueba admitido, que obra en su poder, no es un fin en sí misma, ni de automática aplicación al margen de la importancia que pueda tener la exhibición en el orden probatorio, en la valoración de la prueba, de forma que en caso de negativa injustificada a la exhibición de una documentación que se encuentre en poder de la parte contraria, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado ( LEC art.329 ) ( AP Barcelona 3-5-10, EDJ 64294 ).

#### 5. Prueba anticipada

(LEC art.293 a 296 )

4160 Procede la **solicitud** de anticipación de la prueba cuando existe temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, la prueba no pueda realizarse en el momento procesal oportuno. Se puede solicitar:

- **previamente** a la iniciación del proceso, por el que pretenda incoarlo; o
- por ambas partes **durante el curso del proceso**, antes del juicio o vista.

#### 4161 Procedimiento

La **solicitud** debe dirigirse al juez o tribunal que se estime competente, cuando se presente **antes de la iniciación** del proceso, el cual ha de vigilar de oficio su jurisdicción y competencia objetiva y territorial sin que sea admisible la declinatoria. Cuando se formula la petición **iniciado el proceso**, se dirige al órgano que conoce del mismo.

La **proposición** se hace según las normas del medio de prueba que se insta, exponiendo las razones de la petición. Si el juez la estima fundada, dicta providencia disponiendo que se practiquen las actuaciones -desde el 5-5-2010-,

realizándose por el secretario el oportuno señalamiento. El procedimiento es contradictorio y exige distinguir según el **momento** en que se proponga:

- Si se insta y se admite **antes de la iniciación**, el que la ha solicitado debe designar a las personas que se proponga demandar, que deben ser citadas al menos con 5 días de antelación, pudiendo intervenir según las normas de cada medio de prueba. La prueba así practicada no tiene valor si en el plazo de 2 meses no se interpone la oportuna demanda, salvo que se demuestre que por fuerza mayor o causa análoga no se pudo iniciar el proceso en ese plazo.
- Si se solicita habiendo **comenzado el proceso**, las partes pueden intervenir según lo dispuesto en la Ley para cada medio de prueba.

En ambos casos, la prueba anticipada puede **volverse a practicar** si en la fase de proposición es posible y alguna de las partes lo solicita. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y ha de valorar según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad.

4162 Los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, quedan bajo la **custodia** del secretario del tribunal que haya acordado la prueba, hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos.

Si de la demanda hubiese de conocer un **tribunal distinto** del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de este, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones.

#### Precisiones

1) La prueba anticipada se ha de diferenciar de las **medidas de aseguramiento de la prueba** ( LEC art.297 y 298 ), y de las **medidas preliminares** para preparar el juicio ( LEC art.256 a 258 , 259 y 260 y 261 a 263 .), y no cabe si lo que pretende el solicitante no es anticipar una prueba (p.e. exhibición de libros de comercio y de otros documentos para avalar los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso), sino que tal prueba le sirva de base para facilitar la realización de un **informe pericial** que se integre en la base de su pretensión, por lo que la finalidad de lo solicitado es la preparación de un ulterior juicio declarativo, lo que excede claramente de la finalidad prevista en la Ley para la solicitud de prueba anticipada, pudiendo ser más bien objeto de unas diligencias preliminares ( AP Murcia auto 10-6-05, EDJ 163738 ; AP Sta. Cruz de Tenerife auto 31-10-05, EDJ 195994 ).

2) Se posibilita únicamente la realización de la prueba anticipada cuando exista un temor fundado de que, por causa de las personas o estado de las cosas, dicha prueba no pueda practicarse en el momento procesal generalmente previsto. Sin embargo, **no resulta admisible** cuando no existe tal temor y la prueba solicitada pueda perfectamente practicarse en el momento procesal oportuno, máxime si no hay riesgo de que la parte adversa al tener conocimiento del litigio pueda llevar a cabo actos que anulen por completo o borren todo vestigio de lo que haya de ser probado ( AP Cáceres auto 13-4-07, EDJ 120228 ).

3) No deben confundirse las **diligencias preliminares** con la prueba anticipada, ya que son dos figuras diferentes, las primeras tienen por objeto preparar un juicio y la prueba anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión, cuando exista un temor de que no puedan realizarse dentro del proceso ( AP Pontevedra auto 8-10-08, EDJ 376921 ).

#### 6. Aseguramiento de la prueba

(LEC art.297 y 298 )

4165 Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, puede pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de **medidas** de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla. El tribunal acordará adoptar, mediante providencia, las medidas oportunas en cada caso si se cumplen los siguientes **requisitos**:

- que la prueba que se pretende asegurar sea **posible, pertinente y útil** al tiempo de proponer su aseguramiento;
- que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede **resultar imposible** en el futuro la práctica de dicha prueba;
- que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse **conducente** y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.

4166 Para decidir sobre la adopción de las medidas de aseguramiento de una prueba, el tribunal debe tomar en consideración y puede aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar **garantía** de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar. También puede el tribunal acordar, mediante providencia, en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar **caución** bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda.

#### Precisiones

1) No cabe confundir las medidas de aseguramiento de la prueba con la **prueba anticipada** regulada en LEC art.294 a 296 (nº 4160 s. ). Mientras que con las primeras se trata de adoptar las medidas necesarias para poder practicar la prueba en el futuro, con la anticipación de la prueba el medio de prueba no se preserva, sino que se practica anticipadamente ante el fundado temor de que, por determinadas circunstancias, no sea posible llevarla a cabo cuando se inicie el proceso o, si este está iniciado, en el momento procesal oportuno dentro del mismo. En definitiva, si con la prueba anticipada se trata de practicar un medio de prueba ante el temor fundado de que se pierda la fuente de prueba con las medidas de aseguramiento se trata de asegurar la fuente, pero sin practicar el medio, que se reserva así para el momento procesal oportuno dentro del proceso ( AP Madrid auto 3-12-10, EDJ 177 ).

2) En los supuestos de infracción de los derechos de **propiedad industrial** y de **propiedad intelectual**, se requiere que el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción que se estimen razonablemente disponibles, aunque no sea necesaria una prueba exhaustiva de la infracción de sus derechos, pues la vocación de esta es su incorporación en la fase correspondiente del proceso principal ( AP Madrid auto 5-6-08 ). Ahora bien, sí debe presentarse al órgano judicial justificación suficiente de los datos de hecho necesarios para que este comprenda la naturaleza de la infracción que se quiere combatir, pueda alcanzar la convicción objetiva de la realidad de la misma y comprenda la trascendencia de la fuente de prueba que se pretende preservar para que pueda ser luego practicada en el seno del proceso ( AP Madrid auto 3-12-10, EDJ 177 ).

3) En cuanto a la **jurisdicción y competencia** para el aseguramiento de la prueba, se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada (nº 4160 s. ).

#### 4168 Procedimiento

Las medidas de aseguramiento de la prueba se adoptan previa **audiencia** de la persona que haya de soportarla.

Si se solicitan una vez **iniciado el proceso**, también se ha de oír al demandado.

Solo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido podrá aducir, al oponerse a su adopción, la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba. La **oposición** a la medida puede fundarse en la inexistencia de riesgos de daños irreparables en el derecho para la futura práctica de la prueba, así como en la posibilidad de acordar otras medidas igualmente conducentes que resulten menos gravosas. También puede sustituirse por **caución**.

Del escrito de oposición se da **traslado** al solicitante y, en su caso, al ya demandado o a quien hubiera de soportar la medida. Todos ellos serán citados a una **vista**, en el plazo de 5 días, tras cuya celebración se decidirá sobre la oposición, en el plazo de 3 días, por medio de un auto que es irrecurrible.

No obstante, cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita, el tribunal puede **acordar la medida sin más trámites**, mediante providencia. La providencia ha de precisar, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado. Esta providencia es irrecurrible y se notifica a las partes y a quien haya de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas. Si la medida de aseguramiento se adopta **sin audiencia previa**, quien vaya a ser demandado o ya lo sea o quien haya de soportarla puede formular oposición en el plazo de 20 días, desde la notificación de la providencia que la acordó.

#### 4170 Medidas concretas y efectos

Las medidas de aseguramiento consisten en las **disposiciones** que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, pueden también dirigirse **mandatos** de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad.

En los casos de infracción de los derechos de **propiedad industrial** y de **propiedad intelectual**, una vez el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción razonablemente disponibles, tales medidas pueden consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.

Cuando las medidas de aseguramiento de la prueba se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán **sin efecto** si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de 20 días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

## B. Medios de prueba

4175	1. Prueba documental	4180
	2. Interrogatorio de las partes	4280
	3. Prueba testifical	4300
	4. Prueba pericial	4325
	5. Reconocimiento judicial	4375
	6. Reproducción de palabra, sonido e imagen	4390
	7. Presunciones	4405

4176 Los medios de prueba en juicio son ( LEC art.299 a 386 ):

- a) Interrogatorio de las partes (nº 4280 s. ).
- b) Documentos públicos y privados (nº 4180 s. ).
- c) Dictamen de peritos (nº 4325 ).
- d) Reconocimiento judicial (nº 4375 s. ).
- e) Interrogatorio de testigos (nº 4300 s. ).

También se admiten los medios de **reproducción** de la **palabra**, el **sonido** y la **imagen**, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

Cuando por **cualquier otro medio** no expresamente previsto se puede obtener certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo ha de admitir como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

4178 **Orden de práctica**  
(LEC art.300)

Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practican en el juicio o **vista** por el orden siguiente:

1º Interrogatorio de las partes (nº 4280 s. ).

2º Interrogatorio de testigos (nº 4300 s. ).

3º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de estos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento (nº 4325 s. ).

4º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal (nº 4375 s. ).

5º Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes (nº 4390 s. ).

Si alguna de las pruebas admitidas **no puede practicarse** en la audiencia, continúa esta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.

1. **Prueba documental**  
(LEC art.264 a 272 )

4180	a. Clases	4185
	b. Forma de aportación	4200
	c. Momento de presentación	4210
	d. Falta de aportación	4220
	e. Impugnación de la autenticidad	4230
	f. Exhibición de documentos	4240



g.	Presentación por medios electrónicos	4255
h.	Valoración	4265

4182 El documento adquiere una extraordinaria importancia cuando constituye el medio principal de fijar la **contratación** originada por el tráfico jurídico de nuestros tiempos. Las partes contratantes no piensan en los futuros procesos a la hora de estampar por escrito sus estipulaciones y, en este sentido, se dice que la prueba documental tiene carácter preconstituido, pero lo cierto es que de tenerse que llegar al proceso, el documento es un magnífico instrumento para formar la convicción del juez ( CC art.1215 ).

La prueba documental debe prepararse con anterioridad a la presentación de la demanda y la contestación, ya que su **aportación** al proceso se realiza junto a dichos documentos, como regla general ( LEC art.264 y 265 ).

#### Precisiones

Cualquier definición de documento es válida siempre que refleje a su autor, al material y su contenido. Así, cabe decir que el documento es un objeto, por tanto, algo material, de naturaleza real, en el que consta por escrito una declaración de voluntad de una persona o varias, o bien la expresión de una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia. Esta definición doctrinal, basada en un **concepto de escritura** con relación al documento que incluye claramente las normas del CC al respecto, tiene hoy más sentido, pues los **otros medios de reproducción** de la palabra, la imagen o el sonido, que en la etapa legislativa anterior no se contemplaban expresamente y que se equiparaban a los documentos para favorecer su aportación al proceso, tienen hoy su propio cauce ( LEC art.382 a 384 ).

La prueba documental tiene normas conformadoras en varios cuerpos legales, pues no solo se regula en la LEC, su sede natural, sino también en el CC art.1216 a 1230 , en los que se fijan las reglas a que se someten los documentos públicos y privados. Solo se ha **derogado** lo dispuesto en CC art.1226 por LEC disp.derog.2.1.º, a pesar de que hay otros muchos que no son sustantivos, sino procesales. También se regula la prueba en CCom art.317 a 334 , en la Ley del Notariado ( L 28-5-1862 ) y en el Reglamento Notarial ( D 2-6-1944 ).

#### a. Clases

4185 Se efectúa la siguiente distinción:

- por un lado, documentos **notariales, judiciales y administrativos**, teniendo en cuenta el funcionario que autoriza el documento: el notario, el juez, o un funcionario administrativo;
- por otro, se habla también de documentos **auténticos, indubitados, legítimos y legalizados**, de acuerdo con la relación entre determinada cualidad del sujeto que autoriza el documento y un acto procesal particular;
- también se habla de documentos **constitutivos y testimoniales**, según se contenga un determinado acto o negocio jurídico, o se limiten a proporcionar un dato o extremo relativo a un negocio jurídico;
- de documentos **extranjeros y autonómicos**, en función del país de origen y lengua;
- de documentos **de carácter procesal** y documentos **de carácter material o sustantivo**; y
- de documentos **públicos y privados**.

A estas dos últimas clasificaciones se hace referencia a continuación.

4187 **Documentos de carácter procesal y documentos de carácter sustantivo**  
(LEC art.264 s.)

En cuanto a los documentos **de carácter procesal**, con la demanda y la contestación o, en su caso, la reconvencción y la contestación a la misma, han de presentarse ( LEC art.264 ; LEC art.266 , para casos especiales):

- el **poder notarial** conferido al procurador, siempre que este intervenga y la representación no se otorgue *apud acta*;
- los documentos que acrediten la **representación** que el litigante se atribuya;
- los documentos o dictámenes que acrediten el **valor de la cosa litigiosa**, a efectos de competencia y procedimiento.

4188 En cuanto a los documentos **de carácter sustantivo**, a toda demanda, contestación, reconvencción o contestación a la misma, han de acompañarse ( LEC art.265 ):

- los **documentos** en que las partes fundan su derecho;
- los **medios e instrumentos de reproducción** de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, si en ellos se fundaran las pretensiones de las partes;

- las **certificaciones y notas** sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase -cuando las partes no puedan disponer de estos documentos o instrumentos, pueden designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentran o del que se pretende obtener una certificación; cuando pueden pedirse y obtener copias fehacientes, se entiende que se dispone de ello y debe acompañarse a la demanda);
- los **dictámenes periciales** en que las partes apoyan sus pretensiones, sin perjuicio de que se permite a las partes simplemente expresar los dictámenes de que pretenden valerse si no les fuera posible todavía aportarlos, y al demandante aportarlos con posterioridad cuando su utilidad se ponga de manifiesto por las alegaciones del demandado ( LEC art.337 y 339 );
- los informes elaborados por profesionales de la **investigación privada** legalmente habilitados, sobre hechos, que en caso de no ser reconocidos requieren de prueba testifical.

#### 4190 Documentos públicos y privados (LEC art.299.1)

Esta **clasificación** es la tradicional, y así se reconoce expresamente como medio de prueba por la LEC, estando pensada en función de los sujetos que intervienen en el documento:

- la forma del documento y el sujeto que lo autoriza califican al documento **público**;
- por el contrario, el que no reúne solemnidades específicas ni está autorizado por funcionario competente, es el documento **privado**.

#### 4191 Documentos públicos (CC art.1216; LEC art.317)

Son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. **A efectos de prueba** en el proceso, se consideran documentos públicos:

- Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los **letrados de la Administración de Justicia**.
- Los autorizados por **notario** con arreglo a Derecho.
- Los intervenidos por **corredores de comercio colegiados** y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho.
- Las certificaciones que expidan los **registradores de la propiedad y mercantiles** de los asientos registrales.
- Los expedidos por **funcionarios públicos** legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
- Los que, con referencia a **archivos y registros** de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

4192 El **documento electrónico** puede ser soporte de documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso. Asimismo, puede ser soporte de documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica. El **soporte** en que se hallen los datos firmados electrónicamente es admisible como prueba documental en juicio ( L 59/2003 art.3.6 ).

#### 4193 Documentos públicos extranjeros (LEC art.323)

Son aquellos a los que, en virtud de **tratados o convenios internacionales** o de **leyes especiales**, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en LEC art.319 (nº 4266 ).

Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional, ni ley especial, se consideran documentos públicos los que reúnan los **requisitos** siguientes:

- que en el **otorgamiento** o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio; y
- que el documento contenga la **legalización o apostilla** y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

Si los documentos extranjeros contienen **declaraciones de voluntad**, se tiene por probada la existencia de estas, pero no su contenido, porque su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

4194

#### Precisiones

1) En caso de no acompañarse la **traducción** del documento extranjero, se ha entendido que no puede ser considerado como documento público extranjero, resultando por ello como documento que se aporta sin una mayor eficacia adjunta. De esta perspectiva, la relevancia sería la de un documento privado, pudiendo ser desvirtuado por la otra parte ( AP Bizkaia auto 25-6-04, EDJ 171986 ).

2) La **legalización o apostilla** necesarias para su autenticidad en España ( LEC art.323.2º ) no es imprescindible cuando la firma del funcionario autorizante del documento extranjero ha sido legitimada por el canciller del consulado general de España en aquel país ( AP Sta. Cruz de Tenerife 25-11-02, EDJ 106297 ).

3) El Convenio La Haya 5-10-1961 (Instrumento de ratificación 10-4-1978, vigente desde 25-9-1978) suprimió la exigencia de **legalización de los documentos públicos** autorizados en el territorio de un Estado contratante y que debieran ser presentados en el territorio de otro Estado contratante, configurando la apostilla expedida por la autoridad competente del Estado del que dimanase el documento como la única formalidad exigible para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento ha actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento está revestido.

#### 4195 Documentos privados

(LEC art.324; CC art.1223)

Se **definen** como todos aquellos documentos que no son públicos; por tanto, en los que no interviene un funcionario público, teniendo en cuenta que también lo son los documentos públicos defectuosos.

Los documentos privados, por otra parte, son imposibles de clasificar, ya que no se exigen requisitos de **forma**, ni siquiera que estén firmados. La LEC tan solo hace referencia, como variedad, a los libros de los comerciantes, remitiéndose a las leyes mercantiles ( LEC art.327 ).

El **documento electrónico** puede ser soporte de documentos privados. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente es admisible como prueba documental en juicio ( L 59/2003 art.3.5 y 6 ).

La prueba de la celebración de un **contrato por vía electrónica** y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental ( L 34/2002 art.24 ).

#### b. Forma de aportación

(LEC art.273)

#### 4200 Todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se ha de acompañar tantas **copias literales** cuantas sean las otras partes.

Atendida las clases de documentos es distinto el modo de aportación al proceso.

#### 4202 Documentos públicos

Se aportan al proceso por medio de **copia** auténtica (notariales), **certificación** (administrativos) o **testimonio** (judiciales), quedando el **original** en el protocolo o archivo correspondiente. Solo en algunos casos excepcionales se presenta en original (póliza de contratos mercantiles).

Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse junto con el escrito de demanda, por ser atinentes al fondo del asunto, pueden presentarse por **copia simple**, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que ha de ir firmado mediante firma electrónica reconocida y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios ( LEC art.267 y 318 ).

#### 4204 Documentos privados

Se presentan en el **original**.

Cabe también la presentación en **copia autenticada** por fedatario público e, incluso, en **copia simple**, con pleno valor probatorio si la parte contraria no impugna la conformidad de la copia con el original ( LEC art.268.1 y 2 ).

En general, debe tenerse en cuenta que si la parte no dispone de la copia, certificación o testimonio o del original privado, la presentación puede consistir en la **designación del protocolo o archivo, expediente o registro** en que se encuentra el original, si bien la LEC art.265.2 es restrictiva sobre esta posibilidad.

#### 4206 Idioma (LEC art.144)

Los documentos redactados en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad de que se trate, han de presentarse con la **traducción** del mismo. Para los documentos en lengua oficial propia de la comunidad autónoma debe estar a la LEC art.142.4 .

#### c. Momento de presentación

#### 4210 Regla general (LEC art.265 y 269 )

Cuando la parte **dispone del documento** que desea presentar debe acompañarlo a la **demanda** y a la **contestación** a la misma. Esos son los momentos ordinarios de la presentación, de no hacerlo así precluye su presentación posterior.

Solo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, **no disponen de los documentos**, medios e instrumentos, pueden designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación.

Si lo que pretenda aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se refiere el párrafo anterior.

#### 4211 Precisiones

La jurisprudencia del Tribunal Supremo había interpretado la redacción del derogado LEC/1881 art.504 , distinguiendo entre **documentos fundamentales**, que eran los que necesariamente habían de acompañarse a los iniciales escritos de demanda y contestación por tratarse de documentos básicos en que se fundamentaba la pretensión o causa de pedir, frente a los **documentos no fundamentales**, constituidos por aquellos documentos complementarios, accesorios o auxiliares, o los que pretenden desvirtuar excepciones procesales o desvirtuar alegaciones del adversario (por todas, TS 16-7-91 , que se refiere, al tratamiento que hace de la aportación en periodo de prueba y no con la demanda, a los documentos complementarios, accesorios o auxiliares, en cuanto que vayan encaminados a integrar el proceso probatorio o a combatir las alegaciones hechas de contrario o las excepciones, determinándose como comprendidos en este grupo, «los que, sin contrariar los hechos establecidos, se limitan a aclarar y completar los que se expresan en la demanda o en la contestación» - TS 2-7-60 -).

La vigente LEC mantiene sustancialmente la anterior redacción de LEC art.504 , sin embargo, su redacción más completa y pormenorizada, indica que, aún manteniendo dicha distinción, los documentos fundamentales deben acompañarse necesariamente con los iniciales escritos de demanda y contestación a la demanda. No obstante, esta exigencia de aportación de documentos materiales permite, por una parte, la designación de archivos cuando la parte no pueda disponer de dichos documentos, con la excepción de que el archivo o protocolo fuera público, donde la parte pueda pedir y obtener copias fehacientes, supuesto en que se entiende que la parte tiene a su disposición dichos documentos y, por tanto, deberá acompañarlos con la demanda ( LEC art.265.2 párrafo segundo ); mientras que, por otra parte, los documentos desprovistos de tal significación, podrán acompañarse en el acto de la audiencia previa al juicio, en los términos que establece la LEC art.265.3 , conforme al cual, es con la demanda que el demandante debe aportar los documentos en que fundamente el derecho a la tutela judicial efectiva que pretende, excepto en el caso previsto en el apartado segundo, contemplando el precepto en su apartado tercero, la posibilidad de que el demandante presente en la audiencia previa al juicio otros documentos relativos al fondo del asunto, siempre que su relevancia e interés se ponga de manifiesto como consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en su contestación a la demanda. Las posibilidades de **no aportación documental** en el momento no inicial del proceso deben completarse con las normas de LEC art.269 y 270 y la excepcionalidad de LEC art.271 .

#### 4213 Supuestos especiales: hechos nuevos o de nueva noticia (LEC art.269 s.)

El actor presentar en la **audiencia previa** o en la **vista del juicio verbal** los documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes, cuya relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado al contestar a la demanda ( LEC art.265.3 y 272 ).

**Cualquiera de las partes** puede presentar fuera del momento preclusivo anterior, pero no después del juicio (ordinario) o vista (verbal), los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en LEC art.270 ( LEC art.271.1 , con las excepciones del párrafo 2):

1º) Ser de **fecha posterior** a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.

2º) Tratarse de documentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique **no haber tenido antes conocimiento** de su existencia.

3º) **No haber sido posible obtener con anterioridad** los documentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado segundo del LEC art.265 , o en su caso, el anuncio al que se refiere la LEC art.265.1.4º .

#### Precisiones

La aplicación de la LEC art.265.4 -derogado por L 42/2015- y 338.1 , inciso primero, y la posibilidad cierta de que el demandante pueda aportar en la audiencia previa los dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda, requiere de la **ponderación de las circunstancias existentes** en cada proceso y del examen concreto de lo que fue objeto de la demanda y objeto de alegación en la contestación, sin que dicha aplicación se efectúe de modo general y automático ( TS 14-3-11, EDJ 30409 ).

#### d. Falta de aportación

4220 Entre los documentos que deben aportarse a un procedimiento:

- los de carácter procesal condicionan la **admisibilidad** a trámite del escrito iniciador del procedimiento o de su contestación ( LEC art.264 y 266 ); y

- los materiales suponen el **contenido de la actividad probatoria** del procedimiento ( LEC art.265 ).

#### 4222 Documentos procesales

La aportación de estos documentos es requisito de procedibilidad.

#### 4223 Subsanación o aportación posterior

La jurisprudencia constitucional ha establecido que una demanda que olvide **requisitos esenciales** no puede ser admitida a trámite, pues de otro modo viciaría el debate de la litis que ha de quedar delimitado claramente en su aspecto nuclear, si bien se ha venido aplicando la doctrina de la interpretación de los requisitos procesales en el sentido más favorable al ejercicio de la acción, o principio *pro actione*, precisando que los tribunales están obligados a interpretar y aplicar dichos requisitos en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva**, evitando la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma y convertir cualquier irregularidad en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, debiendo el órgano judicial ponderar la entidad real del vicio advertido en relación con la sanción de cierre del procedimiento, bajo la consideración de que los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que únicamente sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima. Si el órgano judicial no posibilita la sanación de un defecto procesal subsanable e impone un rigorismo excesivo en las exigencias formales que vaya más allá de la finalidad a que estas responden, habrá cerrado la vía al proceso de manera incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( TCo 301/2000 ; 311/2000 ; 77/2002 ; 166/2003 ; 251/2007 ).

#### 4224 Documentos procesales de LEC art.264

Respecto de la falta de poder o representación o defectos de **representación** o la acreditación del **valor de la cosa** a efectos de determinar la competencia y procedimiento, la jurisprudencia ha estimado que el incumplimiento de los requisitos procesales de la demanda constituye una falta subsanable en cuanto a los documentos a que se refiere LEC art.264 y, por tanto, debe admitirse su aportación posterior, bien por iniciativa de la propia parte, bien por requerimiento del tribunal.

#### Precisiones

La **decisión sobre la admisión** o no de la demanda contencioso-administrativa y la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales a que la misma está sujeta, constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria, que corresponde resolver exclusivamente a los jueces y tribunales, en el ejercicio de la potestad

jurisdiccional que les atribuye Const art.117.3 , sin que este tribunal pueda corregir dicha interpretación, salvo que, como se ha señalado en muchas ocasiones, la aplicación de la norma que se adopte sea contraria notoriamente a los **principios y exigencias constitucionales** ( TCo 50/1984 ; 23/1987 ; 50/1988 ; 90/1990 ; 359/1993 , entre otras). Este respeto que, con carácter general, ha de guardarse a la decisión de los jueces y tribunales, adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, debe ser, si cabe, aún más escrupuloso cuando la resolución que se enjuicia es, como en este caso, del Tribunal Supremo -a quien está conferida la función de interpretar la legalidad ordinaria con el valor complementario del ordenamiento que le atribuye el CC art.1.6 . Debe tenerse en consideración lo afirmado en TCo 33/1990 , donde se dijo que «el derecho a la tutela judicial impide la **clausura de un procedimiento** por defectos que pueden subsanarse, sin perjuicio de otros derechos o intereses igualmente legítimos». Esta doctrina, en consecuencia, obliga al órgano judicial a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos procesales que le conduzca a negar el acceso a la jurisdicción, debiendo, en su lugar, utilizar aquella que resulte ser la más favorable al ejercicio del **derecho a la tutela judicial**, concediendo a la parte la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones procesales que sean susceptibles de subsanación, en los términos anteriormente expresados, tal y como, por otro lado, dispone la LOPJ art.11.3 ( TCo 147/1997 ).

#### 4225 Incumplimiento del plazo para subsanar

(LEC art.418.2)

Una vez requerida la parte para que aporte los documentos a que se refiere la LEC art.264 , si no cumple en el plazo que se le concedió, la única resolución admisible es la inadmisión a trámite de la demanda.

#### 4227 Documentos materiales o sustantivos

La **no aportación** por las partes de los documentos fundamentales o esenciales junto a sus iniciales escritos de demanda o contestación, producen la preclusión de su aportación con la correspondiente repercusión a la hora de efectuar la valoración de la prueba.

La jurisprudencia ha establecido que los **documentos básicos** en que la parte interesada funda su derecho, debe acompañarse *a limine litis* junto con la demanda y que los **restantes**, los que sean precisos para desvirtuar las alegaciones de la contraparte, y los que no siendo fundamentales interesen a quien los presenta, pueden entrar en el período probatorio.

Un **documento esencial aportado extemporáneamente** y eventualmente, tomado en consideración a la hora de la sentencia, como elemento determinante de la resultancia fáctica sobre la que se llevó el juicio jurídico, ineludiblemente ha de causar indefensión en la otra parte al no poder alegar nada sobre él, ni haber podido articular sus medios de defensa oportunos para rebatir su eficacia probatoria, con infracción de los principios de audiencia, defensa, contradicción e igualdad de partes.

Han de aportarse **junto con la demanda** los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden. La falta de presentación inicial de los mismos supone que la parte no pueda presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en LEC art.270 , esto es, aquellos que sean de fecha posterior a la demanda, o anteriores cuando se justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia o, en su caso, aquellos otros que no fue posible obtener con anterioridad, por causas no imputables a la parte ( LEC art.265 y 269 ).

#### Precisiones

El problema que puede plantearse en el momento de la **audiencia previa** en los juicios ordinarios o en la **vista** del juicio verbal, es determinar qué documentos son esenciales y cuáles no lo son, a los efectos de que deban admitirse o no los documentos que pretenda aportar el demandante en ese momento. Y si dichos documentos que pretenden aportarse en un momento posterior, aún pudiendo considerarse esenciales -entendiendo como tales aquellos que pudieran justificar su pretensión-, guardan además relación directa con las alegaciones realizadas por el demandado en su escrito de contestación a la demanda. Resulta en muchas ocasiones difícil de determinar qué documentos en base a dicho criterio deberían ser admitidos y ello requiere por parte del juez un estudio previo y detallado de las pretensiones y de la prueba aportada, debiéndose solicitar al demandante que pretenda aportar los documentos una clara **justificación y relación con las alegaciones formuladas** por el demandado en su escrito de demanda.

#### e. Impugnación de la autenticidad

4230 En la prueba documental prácticamente no existe actividad probatoria distinta de la **presentación**, que ha de llevarse a cabo ante el letrado de la Administración de Justicia, con lo que no son necesarias ni la intermediación ni la presencia judicial ( LEC art.289.3 ). Esa actividad aparece realmente solo cuando se impugna por la parte el documento presentado por la contraria.

En general, debe tenerse en cuenta que las partes han de pronunciarse sobre los **documentos aportados** de contrario en la audiencia previa, en la que han de manifestar si los admite, impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad ( LEC art.427.1 ). Si no se realiza la **impugnación** tendrán pleno valor probatorio ( LEC art.318 y 326.1 ).

#### 4232 Documentos públicos

(LEC art.317 a 319 , 320 y 321 a 323 )

La **impugnación** puede referirse a aspectos muy distintos. Esos aspectos atienden al objeto de lo impugnado:

**a)** La correlación de la copia auténtica, de la certificación o del testimonio con el original: La autenticidad se establece por el **cotejo** que realizará el letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.320 ). Se trata de comparar la copia, certificación o testimonio con el original para ver si aquellos coinciden con este o si están completos.

Cuando lo que se presentó en juicio fue el original, caso de las pólizas de los contratos mercantiles intervenidas por corredor de comercio colegiado, no es posible el cotejo y entonces se habla de **comprobación**, es decir, de que el original de la póliza coincida con los datos esenciales de la misma que el corredor hubo de hacer constar en libro registro.

En algunos casos el cotejo o la comprobación es imposible, y entonces los documentos tienen que hacer prueba sin necesidad de uno u otra, aunque puede ser posible el **cotejo de letras**, que es cosa distinta ( LEC art.322 ).

**b)** La **falsedad del documento original**, bien se haya presentado por la parte, bien se trate del que consta en protocolo o archivo. Con ello aparece la cuestión prejudicial penal regulada en LEC art.40.4 .

La impugnación del documento puede referirse a su **falsedad ideológica**, es decir, a que lo que se dice en el mismo no se corresponde con la realidad, pero, en este caso, al no tratarse ni de la autenticidad ni de la falsedad formal, esa falsedad ha de demostrarse en el mismo proceso y por los demás medios de prueba.

#### 4234 Documentos privados

(LEC art.326)

Estos documentos se presentan normalmente en original y la **impugnación**, aparte de la falsedad delito (con la prejudicialidad de LEC art.40.4 ), ha de referirse a su carencia de autenticidad.

Formulada la impugnación debe acudir, bien al **cotejo de letras** -que es una prueba pericial específica ( LEC art.349 a 351 )-, bien a **cualquier medio** de prueba que se estime útil y pertinente al efecto ( LEC art.320.2 ).

Dado el deber de las partes de pronunciarse sobre la **autenticidad** de los documentos presentados por la contraria precisamente en la audiencia previa -o en la vista si se trata de juicio verbal-, normalmente no habrá lugar al llamado **reconocimiento** del documento por la parte a quien perjudica. En esa audiencia la parte o admite el documento o lo impugna, no debiendo admitirse respuestas evasivas. Al reconocimiento se sigue refiriendo la LEC art.289.3 para decir que es acto que se realiza ante el letrado de la Administración de Justicia -sin intermediación ni presencia judicial-. Hay que entender que ese reconocimiento es posible cuando el documento privado se ha presentado después de la audiencia previa.

Supuesto especial es el de las **copias reprográficas** -es decir, fotocopias- para el que se prevé que si la parte a quien perjudiquen impugna la exactitud de la reproducción se procederá al cotejo con el original, aunque es posible que las partes propongan prueba pericial. Si no puede establecerse la correlación de la fotocopia con el original su valor probatorio se determinará por las reglas de la sana crítica ( LEC art.334 ).

#### f. Exhibición de documentos

(LEC art.328 a 333 )

4240 En todo lo expuesto se ha partido del presupuesto de que la parte que quiere presentar un documento como medio de prueba dispone del mismo o, en último caso, que ese documento puede presentarse con la designación del protocolo, archivo o registro en que se encuentra. La situación es distinta cuando la parte **no puede disponer del documento**, y para ella se prevé la obligación de exhibición, que puede referirse a los siguientes supuestos.

#### 4242 En poder de la parte contraria

(LEC art.328.1)

Cada parte puede solicitar de las demás la **exhibición de documentos** que no se hallen a disposición de la primera y que se refieran a los hechos objeto del proceso o a la eficacia de otros medios de prueba.

Procedimentalmente, es necesaria **solicitud** de exhibición, que puede hacerse bien por escrito, bien oralmente en la audiencia previa. Dados los efectos de la **negativa** a exhibir, la parte solicitante, bien presentará copia simple del

documento, si dispone de ella, bien, en caso contrario, indicará en los términos más exactos posibles el contenido del documento.

Ante ese requerimiento, que se realiza normalmente en la forma prevista en LEC art.161 , aunque nada impide que sea oral en la audiencia previa, la **parte requerida** puede:

1. **Atenderlo y exhibir el documento:** La exhibición supone, no la aportación del documento a las actuaciones, sino la realización de testimonio del mismo por el secretario, pudiendo la parte obligada exigir que ese testimonio se libere en su propio domicilio.

2. **No exhibirlo con negación injustificada:** El tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, puede atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento haya dado ( LEC art.329.1 ).

Siempre en el caso de negativa injustificada, el tribunal, en lugar de lo anterior, puede formular **requerimiento**, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas ( LEC art.329.2 ).

3. **No exhibirlo justificadamente:** En este caso no habrá lugar a las consecuencias negativas previstas en LEC art.329 .

#### 4244 En poder de terceros (LEC art.330)

Partiendo de que **no son terceros** a estos efectos los titulares de la relación jurídica controvertida, o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio, la norma se muestra reacia a imponer a los terceros el deber de exhibir documentos que sean de su propiedad, indicando que solo se les requerirá a hacerlo cuando, habiéndolo pedido una de las partes, el tribunal entienda que el conocimiento del documento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Para determinar esa **trascendencia** el tribunal ordenará la **comparecencia personal** del tercero y, tras oírle, resolverá lo procedente. Si **desestima** la petición de la parte no cabe recurso alguno, pero la parte podrá reproducir la petición en la segunda instancia, al recurrir contra la sentencia. Si **estima** la petición, ordenará al tercero exhibir el documento, pero le impondrá presentarlo en el tribunal, por lo que el secretario procederá a testimoniarlo en el domicilio del tercero.

Lo que no resuelve el precepto es qué sucede si, a pesar de todo, el tercero **incumple el mandato judicial** de exhibición, siendo dudoso que quepa hablar de mandato de entrada y registro domiciliario o de delito de desobediencia.

#### 4246 En poder de entidades de Derecho público (LEC art.332)

Se entienden incluidas en este apartado todas las entidades de Derecho público y todas las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades de cualquier Administración. **No pueden** negarse a expedir las certificaciones o testimonios que les sean solicitados por los tribunales, ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentos legalmente declarados o clasificados como de **carácter reservado o secreto**.

#### 4248 Dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos (LEC art.333)

En todos los casos anteriores de partes, terceros y entidades de Derecho público, tratándose de dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos, si únicamente existe el original, la parte puede solicitar que en la exhibición se obtenga copia, a presencia del secretario, que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original.

#### g. Presentación por medios electrónicos (LEC art.273 a 278 )

#### 4255 Todos los **profesionales de la Justicia** están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieran.



Las **personas** que **no** estén **representadas por procurador** podrán elegir en todo momento si actúan ante la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con la misma. El medio elegido podrá ser modificado en cualquier momento.

En todo caso, la **intervención** a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia es **obligatoria**, al menos, los siguientes **sujetos**:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional.
- d) Los notarios y registradores.
- e) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia.
- f) Los funcionarios de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

Los **escritos y documentos** presentados por vía telemática o electrónica indicarán el tipo y número de expediente y año al que se refieren e irán debidamente foliados mediante un índice electrónico que permita su debida localización y consulta. La presentación se realizará empleando **firma electrónica** reconocida y se adaptará a lo establecido en la L 18/2011 , reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Únicamente de los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado o ejecutado, se deberá aportar en **soporte papel**, en los 3 días siguientes, tantas copias literales cuantas sean las otras partes.

El **incumplimiento** del deber del uso de las tecnologías o de las especificaciones técnicas que se establezcan conllevará que el letrado de la Administración de Justicia conceda un plazo máximo de 5 días para su subsanación. Si no se subsana en este plazo, los escritos y documentos se tendrán por no presentados a todos los efectos.

En cuanto al **traslado de copias** de escritos y documentos presentados de forma telemática, cuando intervenga procurador, se hará por medios telemáticos de forma simultánea a la presentación y se entenderá efectuado en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que el traslado tenga lugar en **día y hora inhábil** a efectos procesales conforme a la ley se entenderá efectuado el primer día y hora hábil siguiente.

En los supuestos de presentación en soporte papel de conformidad con la LEC art.135.4 , el procurador deberá trasladar de forma telemática y con carácter previo a los procuradores de las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal.

Cuando se trate del traslado de la demanda o de cualquier otro escrito que pueda originar la **primera comparecencia en juicio**, el **procurador** habrá de acompañar copias de dichos escritos y de los documentos que a ellos se acompañen y el letrado de la Administración de Justicia efectuará el traslado conforme a lo dispuesto en la LEC art.273 y 274 . Si el procurador omite la presentación de estas copias, se tendrá a los escritos por no presentados o a los documentos por no aportados, a todos los efectos. Si **no** intervienen **procuradores**, el traslado de las copias a las demás partes se realizará por la oficina judicial por el medio que proceda.

Cuando el acto del que se haya dado traslado en la forma establecida en la LEC art.276 determine, según la ley, la **apertura de un plazo** para llevar a cabo una actuación procesal, el plazo comenzará su curso sin intervención del tribunal y deberá computarse desde el día siguiente al de la fecha que se haya hecho constar en las copias entregadas o al de la fecha en que se entienda efectuado el traslado cuando se utilicen los medios técnicos a que se refiere la LEC art.135 .

#### Precisiones

El derecho de comunicación electrónica del ciudadano con la Administración pública, más allá de la práctica de comunicaciones y notificaciones por vía electrónica, supone la implantación del «**documento administrativo electrónico**» (definido en L 11/2007 art.29 ) como categoría universalizable y la obligatoria instrucción sobre soporte electrónico del conjunto de actuaciones integrantes del expediente administrativo ( L 11/2007 art.32 ), así como la llevanza, por medios electrónicos, de los archivos y registros públicos, configurados legalmente como registros electrónicos ( L 11/2007 art.24 ), a fin de su accesibilidad electrónica por los ciudadanos, siempre bajo los condicionamientos legales pertinentes que garanticen su seguridad, confidencialidad y la protección de datos ( L 11/2007 art.4 ).

Más dudosa es la suficiencia de lo aportado en soporte electrónico por cualquiera de las partes como **prueba** en el proceso, pues siempre puede plantearse la necesidad de cotejo con documentos originales o fehacientes.

Finalmente, el formato electrónico tampoco cabe respecto de los **actos propiamente jurisdiccionales** del juez ( LEC art.213 ), ni los de **dación de fe del secretario** sobre las circunstancias de tiempo y el lugar, peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el juez ( LEC art.146 ).

#### 4257 Prueba documental electrónica: subsistencia del soporte papel

(LEC art.267 y 268 )

Los **documentos públicos** pueden presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

Los **documentos privados** pueden ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente.

La **eficacia probatoria** depende de la actitud procesal de la otra parte, siendo útil proponer la prueba pericial si la contraria impugna en la fase procesal pertinente la autenticidad del documento LEC art.326.2 , puesto que en caso contrario, harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella ( LEC art.319.1 ).

#### 4260 Copia digitalizada

(LEC art.162.3 y 267 )

La presentación de los documentos en formato electrónico puede llevarse a cabo a través de una imagen digitalizada, incorporada como **anexo**, que habrá de ir firmado mediante **firma electrónica reconocida**.

El documento electrónico consiste en transmitir en soporte electrónico, junto con la demanda que se presente y con firma digital reconocida, una **copia escaneada** del documento público o privado que debía antes aportarse en papel -copia u original o copia fehaciente-.

Se encuentra así un modo fiable de convertir en electrónico, por la vía de su transmisión telemática y para mayor garantía de los ciudadanos, un documento que, en realidad, no lo es, dando paso a una **prueba documental mixta**: de presentación electrónica, pero con su soporte papel original, para el supuesto de que se impugne su autenticidad.

#### 4261 Necesidad de cotejo sobre documentos originales y fehacientes en caso de impugnación de la autenticidad

(L 59/2003 art.3)

El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente es admisible como prueba documental. Conviene diferenciar, sin embargo, entre las distintas hipótesis de documento electrónico:

- A diferencia de lo que ocurre con el documento público electrónico, el **documento privado electrónico**, independientemente de que tenga o no firma electrónica avanzada o reconocida, si se discute su admisión como medio de prueba en el proceso, impugnándose su autenticidad o, en su caso, la exactitud o regularidad de la certificación que atestigua el reconocimiento de la firma, va a operar como una prueba pericial o testifical, sujetándose su eficacia, en cuanto a su valoración, a la apreciación del juez con arreglo a su sana crítica.
- Por el contrario, la impugnación del **documento público electrónico** -desde luego, si se trata de un documento notarial- se va a resolver por el cotejo de la copia digital con el documento original en papel a que corresponda -obrante en el protocolo o archivo del funcionario correspondiente-, cuya intelección -a diferencia de lo que ocurre con el disco duro de un ordenador- va a ser objeto de una comprensión directa por el juez, sin mediación de otras personas -testigos, ni peritos o expertos en informática-, cobrando verdaderamente sentido de prueba documental, pues lo que distingue al documento de otros medios de prueba es, precisamente, su aptitud como objeto de inmediata comprensión directa y autónoma por el juzgador, sin depender de la opinión o posible influencia de otros sujetos.

### h. Valoración

#### 4265 Coexisten el sistema de **libre valoración** de la prueba con el sistema de **prueba tasada**.

#### 4266 Documentos públicos

(LEC art.319)

Es un medio de prueba cuyo valor viene determinado por la ley, es decir, se trata de un supuesto de prueba tasada, pero no siempre ni con extensión ilimitada. Los documentos públicos indicados en LEC art.317 hacen **prueba plena**

del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan.

Hay que tener presentes las siguientes **reglas**:

**1ª.** Para que los documentos públicos tengan el valor probatorio legal que a continuación se indica, se han de aportar al proceso en **original**, o por copia o certificación fehaciente, o copia simple no impugnada, o impugnada sin éxito ( LEC art.318 ). En caso de que se haya expedido testimonio o certificación fehacientes de solo una **parte de un documento**, no hará prueba plena mientras no se complete con las adiciones que solicite el litigante a quien pueda perjudicarle ( LEC art.321 ).

La **legislación específica** precisa estas cuestiones:

**a)** Dado que el notario, tratándose de **escrituras públicas**, tiene constancia personal de la fecha y del hecho que motiva su otorgamiento, estos datos hacen prueba incluso contra tercero ( CC art.1218 párr.primer ), salvo la **excepción** prevista en el CC art.1219 , esto es, las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, que solo producen efectos contra terceros cuando el contenido de aquellas se hubiera anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero.

Habiendo intervenido en la formación del documento alguna de las partes, hace prueba legal para ellas y sus **causahabientes**, respecto a las declaraciones efectuadas por ellos y consignadas en el documento ( CC art.1218 párr.segundo ).

Si se trata de una escritura de **reconocimiento de un acto o contrato anterior**, no hace prueba legal contra el documento que lo contuviera si se aparta de él por exceso o por defecto, salvo que conste expresamente la novación ( CC art.1224 ).

**b)** Finalmente, en cuanto al valor de las **copias** hay que estar a lo dispuesto en CC art.1220 y 1221 , que exigen el cotejo con la matriz o el protocolo, y especifican qué copias hacen prueba cuando hayan desaparecido los anteriores (matriz, protocolo o expedientes originales).

**4267 2ª.** Los documentos públicos que se encuentren en el caso anterior, comprendidos en LEC art.317 , todos sin excepción, hacen **prueba plena** del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella ( LEC art.319.1 , regla probatoria legal). También se recogen **reglas valorativas legales** en:

- LEC art.320 (cotejo);
- LEC art.321 (testimonio o certificación incompleta);
- LEC art.322 (documentos no susceptibles de cotejo); y
- LEC art.323 (documentos extranjeros), en la parte en donde no se puede prescindir de la fijación conforme a ley del documento.

**3ª.** La fuerza probatoria de los **documentos administrativos no comprendidos en LEC art.317.5.º y 6.º** a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, es la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado ( LEC art.319.2 , regla probatoria también adscrita al sistema de valoración tasado).

**4268** Para todos los demás casos, es decir, documentos que pudieran calificarse de públicos no comprendidos en el listado de LEC art.317 , o las partes de los documentos públicos recogidos en ese precepto, pero no mencionadas en LEC art.319.1 , rige el sistema de **libre valoración** o de sana crítica. La LEC se ve obligada a precisar, por la excepción que significa a favor de la libertad probatoria, que en materia de **usura**, los tribunales han de resolver en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de LEC art.319 ( LEC art.319.3 ).

#### Precisiones

**1)** Sobre la interpretación de lo dispuesto en LEC art.319 , se ha señalado que el empleo por el legislador de la expresión **prueba plena**, es la plasmación legal de lo ya reconocido por la jurisprudencia ( TS 14-2-83 ; 14-3-83, EDJ 1673 ; 6-5-93, EDJ 4242 ), y que, en definitiva, supone que el documento público aportado al procedimiento además de su **legitimidad de origen** y **fehaciencia de contenido**, por sí solo y sin ningún otro elemento demostrativo, y sin precisar interpretaciones o deducciones ( TS 4-2-86, EDJ 1013 ), acredita los contenidos señalados en la Ley. Para precisar cuáles son dichos contenidos legales, hay que partir de que la LEC, no derogó los preceptos del Código

Civil que regulan la cuestión ( CC art.1218 y 1225 ), que continúan subsistentes respectivamente para documentos públicos y privados, limitándose a la derogación de los preceptos del Código de exclusivo carácter procesal ( LEC disp.derog.única.2.1º ). Existe pues, en la actualidad, una dualidad de normas de similar, aunque no de idéntico contenido, que regulan la materia, y que son las ya citadas tanto del Código Civil como de la LEC. Es obvio que al ser posterior la LEC debe prevalecer sobre el Código, dentro del proceso, dado su idéntico rango legal.

**2)** La expresión «**prueba plena**» de los documentos públicos ( LEC art.319.1 ) y de los documentos privados ( LEC art.326.1 ) no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los mismos de acuerdo con las reglas de la sana crítica en el conjunto de las pruebas aportadas. No puede pretenderse la **certeza incuestionable** de los hechos a que se refieren los documentos incorporados, pues ni siquiera los documentos públicos dan fe de la **verdad intrínseca** de lo que en ellos se declara por los otorgantes ( TS 16-12-09, EDJ 307258 ; 9-5-11, EDJ 90972 ).

**3)** La prueba plena del **hecho, acto o estado de cosas** que documenten las escrituras públicas, así como de la **fecha** en que se produce esa documentación y de la **identidad de los fedatarios y demás personas** que, en su caso, intervengan en ella, constituyen prueba legal de forzosa apreciación por los tribunales en cuanto a dichos extremos, pero nada impide que de ellos puedan extraerse por los mismos tribunales otras consecuencias probatorias libremente apreciadas en cuanto a su contenido u otras circunstancias en relación con los demás medios de prueba ( TS 14-6-10, EDJ 113295 ; 20-7-11, EDJ 155190 ).

La prueba de documentos públicos no es necesariamente superior a otras, de forma que las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por **prueba en contrario** ( TS 2-3-07, EDJ 17963 ; AP Zamora 25-10-10, EDJ 283862 ).

#### 4269 Impugnación de su autenticidad

(LEC art.320)

Si se impugnase la autenticidad de un documento público, para que pueda hacer **prueba plena** se procederá de la forma siguiente:

1. Las **copias, certificaciones o testimonios fehacientes** se cotejarán o comprobarán con los originales, dondequiera que se encuentren.
2. Las **pólizas intervenidas por corredor de comercio** colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro.

El **cotejo o comprobación** de los documentos públicos con sus originales se practicará por el letrado de la Administración de Justicia, constituyéndose al efecto en el archivo o local donde se halle el original o matriz, a presencia, si concurrieran, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto.

Si los documentos públicos estuvieran en **soporte electrónico**, el cotejo con los originales se practicará por el letrado de la Administración de Justicia en la oficina judicial, a presencia, si concurrieran, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto.

Cuando de un cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados, las **costas, gastos y derechos** que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación se hubiese realizado con **temeridad**, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros.

#### 4270 Harán prueba plena en juicio, **sin necesidad de comprobación o cotejo**, y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el **cotejo de letras** cuando sea posible:

1. Las **escrituras públicas antiguas** que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiese desaparecido.
2. Cualquier **otro documento público** que, por su índole, carezca de original o registro con el que pueda cotejarse o comprobarse.

En los casos de **desaparición del protocolo, matriz o expedientes originales**, se estará a lo dispuesto en el CC art.1221 ( LEC art.322 ).

#### 4272 Documentos privados

(LEC art.326.1)

La **fuerza probatoria** del documento privado está en función de su autenticidad, bien por reconocimiento de la parte a quien perjudica, bien por cotejo de letras y firma, antes vistas. Las reglas al respecto son igualmente complejas. La LEC parte del principio de que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del CC art.319 , cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

El CC precisa determinadas **reglas de valor legal**:

1. El **documento privado reconocido legalmente** tiene el mismo valor que la escritura pública entre los firmantes y sus causahabientes ( CC art.1225 ).

2. Las **garantías respecto a la fecha** del documento privado se recogen, afectando a terceros, en el CC art.1227 . Para estos la fecha se cuenta desde:

- el día en que el documento fue incorporado o inscrito en un registro público;
- la muerte de algún firmante; o
- el día en que se entregó a un funcionario público por razón del cargo.

Esto es, ni siquiera la fecha consignada en el documento, salvo que se esté en uno de esos casos, tiene valor probatorio legal frente a terceros.

3. Los **documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública**, carecen de efectos frente a terceros ( CC art.1230 ).

4. Los **documentos surgidos unilateralmente**, como asientos, registros, papeles privados, notas, etc., tienen valor probatorio legal en el caso previsto en CC art.1228 y 1229 .

4273 En todos los demás **supuestos no reflejados** anteriormente, los documentos privados son valorados libremente por el juzgador. Cuando no se pueda deducir su autenticidad o no se haya propuesto prueba alguna, el juez lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica ( LEC art.326.2, II *in fine* ).

No cabe confundir la **autenticidad** de un documento con su **eficacia o suficiencia probatoria** para acreditar un hecho. El primer aspecto se refiere al continente -proveniencia del autor; coincidencia del autor aparente con el autor real-, y su verificación corresponde al trámite procesal. El segundo aspecto incide en la valoración probatoria, suficiencia para probar y entidad para poder estimar fijado un hecho.

#### Precisiones

1) El carácter de **prueba legal o tasada** de los documentos, que vincula al juzgador cuando sea auténtico, solo se produce respecto de estos datos, pero no constituyen prueba plena de su restante contenido, el cual queda sujeto a la **libre valoración** del tribunal con las restantes pruebas practicadas ( TS 7-4-10 ; 18-6-10, EDJ 122265 ).

2) Los documentos privados -cuando no se impugna su autenticidad o eficacia probatoria constituyen un elemento probatorio válido cuyo contenido ha de apreciarse e interpretarse de acuerdo con las reglas de la **sana crítica** y en el conjunto de las pruebas aportadas ( TS 15-6-09, EDJ 128052 ; 30-6-09, EDJ 225070 ; 25-3-11, EDJ 34607 ).

4274 **Impugnación de la autenticidad**

(LEC art.326.2)

Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el **cotejo pericial de letras** o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.

Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiera la **autenticidad** del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero de LEC art.320 . Cuando **no se pueda deducir su autenticidad** o no se haya propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

#### Precisiones

Resulta admisible valorar un **documento impugnado**, obviamente cuando no se haya declarado que no es auténtico, aunque no se haya acreditado su autenticidad, conforme a las reglas de la sana crítica ( TS 30-6-11, EDJ 139857 ).

## 2. Interrogatorio de las partes

(LEC art.301 a 316 )

4280 Esta prueba **consiste** en desarrollar una actividad dirigida a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un hecho previamente afirmado, mediante el interrogatorio de la parte contraria o del colitigante que han intervenido personalmente en el citado hecho.

4281 **Sujetos**

La fuente de esta prueba es la **parte**, pues es ella quien resulta interrogada a propuesta de su contraria. Por lo tanto, una parte propone la prueba de interrogatorio y la otra es quien debe someterse a él. Ahora bien, la ley permite también el interrogatorio del colitigante, siempre que existan intereses contrapuestos entre quien solicita el interrogatorio y quien debe contestarlo -por ejemplo, como suele suceder en los casos de responsabilidad decenal-.

Incluso se permite, excepcionalmente, el interrogatorio de quien **no es parte**, con los mismos efectos que si la declaración proviniera de la parte con quien se relaciona ese tercero. Así sucede con los titulares del derecho o de la relación jurídica litigiosa en los casos de legitimación por sustitución ( LEC art.301.2 ) -no permitiéndose el doble interrogatorio de sustituto y sustituido por unos mismos hechos ( LEC art.314 )-, o con terceras personas que intervinieron en algún hecho controvertido, siempre que, en este último caso, tal declaración sea admitida por la parte contraria ( LEC art.308 ). De no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente.

4282

#### Precisiones

1) No se ocasiona **indefensión** a la parte demandada y apelada, cuando en la audiencia previa se limita el interrogatorio solo a unas partes elegidas aleatoriamente, si la práctica del interrogatorio de todos los demandantes no es necesaria para el esclarecimiento de los hechos. A mayor abundamiento, para que en alzada se aprecie indefensión es preciso que la parte recurrente haya desplegado toda la diligencia exigible para la práctica del interrogatorio de los actores, de manera que no la hay si no consta que interpusiera recurso de reposición contra la denegación del interrogatorio de todos los demandantes, ni consta que solicitara en el acto del juicio que se practicara como diligencia final ( AP Murcia 16-6-03, EDJ 160592 ).

2) Puede apreciarse la existencia de **conflicto de intereses**, a los efectos de admitir prueba de interrogatorio de los codemandados aunque actúen y litiguen todos bajo una única representación, y bajo la misma dirección letrada en el acto de la audiencia previa, siempre que pueda entenderse que la posición de todos los codemandados no es unánime en el proceso ( AP Madrid 26-1-11, EDJ 35432 ).

3) Resulta una infracción de las normas procesales la circunstancia de que el interrogatorio de parte lo conteste la **procuradora de la parte actora**, en lugar de su legal representante, siendo así que la parte demandada había propuesto la declaración en calidad de parte del legal representante de la actora, admitiéndose este medio de prueba en la audiencia previa, no habiendo comparecido al juicio el legal representante de la actora, su administrador, habiendo sido advertido por el letrado de la parte demandada en el acto de la vista pidiendo que se practicara el interrogatorio con el legal representante de la actora, decidiendo la juez *a quo* admitir que se practicara la prueba con la procuradora de la actora, al examinar la escritura de poder aportada con la demanda y apreciar que se encontraba facultada para contestar las preguntas ( AP Castellón 31-7-07, EDJ 196559 ).

4) Para que un **tercero que tenga conocimiento personal de los hechos** conteste a las preguntas por sus relaciones con el asunto, aceptando la parte las consecuencias de la declaración, es necesario que esa sustitución sea aceptada por la persona que hubiese propuesto la prueba y si no se acepta, el declarante podrá solicitar al tribunal que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo. En el caso de no cumplirse estos requisitos no puede admitirse esta declaración en tal concepto y su admisión supone una infracción de las normas procesales, puesto que el interrogatorio de la parte, cuando se trata de una persona física, es un acto personalísimo que no permite la actuación de un tercero mediante representación ( AP Alicante 28-6-05, EDJ 123641 ).

#### 4283 Personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica

(LEC art.309)

En relación con el sujeto de la prueba de interrogatorio, no se plantea ningún problema cuando la parte es una persona física, pero sí puede haberlos cuando se trata de una persona jurídica. Se distinguen los siguientes supuestos:

a) Cuando la parte sea una **entidad privada**, debe declarar por ella la **persona física concreta que intervino en el hecho** controvertido. Y si aquella ya no forma parte de la entidad, su declaración sigue siendo útil y pertinente, pero debe realizarse por vía testifical, y no de interrogatorio de testigos -no parece lógico que esta persona pueda vincular con su declaración a una entidad con la que ya no guarda ningún tipo de relación-.

Es decir, cuando la parte declarante sea otra persona jurídica o ente sin personalidad, y su **representante en juicio no intervino en los hechos** controvertidos en el proceso, habrá de alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio, y deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio. El representante podrá solicitar que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no forma parte de la persona jurídica o ente sin personalidad. Cuando alguna pregunta se refiera a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad, habrá, no obstante, de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen y habrá de identificar a la persona que, en nombre de la parte, hubiera intervenido en aquellos hechos. El tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final.

4284 b) Cuando se trata de una **entidad pública**, la declaración se realiza **por escrito** -rompiendo la oralidad que caracteriza la práctica de esta prueba-, escrito que se puede completar con un interrogatorio al representante de dicha entidad sobre el informe emitido y con la realización de un nuevo informe como diligencia final ( LEC art.315 ).

Por tanto, cuando sean parte en un proceso el Estado, una comunidad autónoma, una entidad local u otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las **preguntas** que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos. Leídas en el acto del juicio o en la vista las respuestas escritas, se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido las **preguntas complementarias** que el tribunal estime pertinentes y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final.

#### Precisiones

La única justificación que tiene esta **excepción** a la oralidad, intermediación y concentración que caracteriza a la prueba en el vigente proceso civil, es la de evitar que la declaración de un funcionario -el que intervino en el hecho controvertido- realizada en el fragor de un interrogatorio cruzado pueda llegar a vincular a la Administración. De cualquier forma, la LEC art.315 contempla un **privilegio procesal de la Administración** cuya existencia resulta muy difícil de compartir.

#### 4285 La parte interrogada tiene una **doble carga**:

- la de comparecer al juicio ( LEC art.292.4 y 304 ); y
- la de contestar a las preguntas que se le formulen ( LEC art.307 ).

**No se exige**, por el contrario, juramento de decir verdad.

Si **no comparece, no contesta o responde con evasivas**, se pueden tener por ciertos los hechos sobre los que se le pregunta ( LEC art.304 , 307 y 316.2 ). Se mantiene, pues, la *ficta confessio* que ya existía en la derogada LEC/1881.

#### 4287 Objeto

( LEC art.301.1 y 308 )

La prueba de interrogatorio de las partes debe centrarse en los **hechos controvertidos** en los que la parte interrogada ha intervenido personalmente. Sin embargo, también se permiten preguntas sobre hechos no personales, de los que se pudiera tener alguna noticia.

#### 4289 Requisitos

Son los siguientes:

- **Lugar**: La declaración de la parte debe realizarse en la sede y local del **juzgado**, aunque cabe practicar el interrogatorio fuera de dicha sede, bien por el propio tribunal que va a juzgar, bien por vía de auxilio judicial ( LEC art.169.4 y 311 a 313 ). En el caso de que por enfermedad que lo impida, o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas, no pueda esta comparecer en la sede del tribunal, a instancia de parte o de oficio, la declaración se puede prestar en el **domicilio o residencia del declarante** ante el juez o el miembro del tribunal que corresponda, en presencia del letrado de la Administración de Justicia, el cual ha de extender acta. Si las circunstancias no lo hacen imposible o sumamente inconveniente, al interrogatorio domiciliario pueden concurrir las demás partes y sus abogados; en caso contrario, puede presentar la parte proponente un pliego de preguntas para que sean formuladas por el tribunal. Cuando la parte que ha de responder a interrogatorio **reside fuera de la demarcación judicial** del tribunal, y concurren circunstancias gravosas (p.e. distancia, dificultad de desplazamiento), aquella puede ser examinada por vía de **auxilio judicial**. En tales casos, se acompaña al despacho una relación de preguntas formuladas por la parte proponente del interrogatorio, si esta así lo ha solicitado por no poder concurrir al acto del interrogatorio.

#### Precisiones

**1)** La LEC, con la finalidad de proteger en lo posible el derecho a la propia imagen y privacidad de la parte que debe de ser interrogada en su domicilio, no previene ni contempla la utilización los **medios o sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido** ( AP Alicante 26-1-11, EDJ 48177 ).

**2)** En el caso de **presencia de los letrados** de las partes en el interrogatorio domiciliario, se hace innecesaria la presentación de pliegos de preguntas, de modo que estas han de formularse oralmente y su pertinencia resuelta con arreglo a las normas generales del interrogatorio, debiendo constar el desarrollo de la prueba en el acta, levantada como es obvio, con las limitaciones propias de tal acto, recogiendo no literalmente pero en esencia, claridad y con suficiente amplitud las contestaciones que el interrogado emite a las preguntas formuladas sucesivamente y por su orden las defensas letradas de la partes ( AP Alicante 26-1-11, EDJ 48177 ).

- 4290
- **Tiempo:** La declaración testifical se practica en el juicio, salvo que se realice anticipadamente en los casos señalados por la ley ( LEC art.431 ).
  - **Forma:** La declaración testifical se practica **oralmente** ( LEC art.302.1 y 305.1 ), salvo la domiciliaria a la que no acudan las partes, en cuyo caso se admite la presentación de las preguntas **por escrito** ( LEC art.311 y 313 ), y con publicidad, intermediación ( LEC art.289.2 ) y concentración ( LEC art.290 ).

Las partes pueden usar cualquier **lengua** oficial del Estado o una lengua extranjera, y se nombrará un intérprete cuando así lo pida cualquiera de las partes alegando posible indefensión ( LEC art.142.3 y 4 y 143 ).

#### 4292 Procedimiento

En cuanto a la **proposición** de la prueba de interrogatorio de parte, debe hacerse en la audiencia previa al juicio. No es necesario citar a la parte a la que se pretende interrogar si ella o su procurador están presentes en la audiencia previa, pues la citación tiene lugar en ese momento ( LEC art.429.1 y 429.6 ). En el juicio verbal, en la citación para la vista se indicará a los litigantes que deben comparecer a esta por si se pidiera su interrogatorio, pudiendo incurrir en *ficta confessio* de no comparecer ( LEC art.440.1 ).

#### 4293 Práctica de la prueba

Comienza con las **preguntas de la parte proponente** del interrogatorio. Dichas preguntas deben ser claras y precisas y realizarse **en sentido afirmativo**, lo que no debe entenderse en el sentido de que se prohíba la pregunta interrogativa directa, sino en el de impedir aquella que, por el uso del aserto negativo, induce a confusión -del modo: ¿no es verdad que usted no estaba en....?- ( LEC art.302.1 ). No deben incluir valoraciones ni calificaciones, y si se incorporan se tendrán por no realizadas.

El tribunal debe admitir o inadmitir sobre la marcha las preguntas que se vayan formulando, pudiendo la parte interrogada manifestar lo que entienda oportuno sobre la **admisibilidad o inadmisibilidad** de aquellas, y pudiendo, por tanto, impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas ( LEC art.302.2 y 303 ).

La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas, pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria. Las **respuestas** habrán de ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas. El declarante podrá agregar, en todo caso, las **explicaciones** que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas ( LEC art.305 ).

Finalizado el interrogatorio formulado por la parte proponente de la prueba, las demás partes y el tribunal pueden también preguntar al interrogado lo que consideren conveniente sobre los hechos controvertidos ( LEC art.306 ).

#### Precisiones

Las **preguntas y aclaraciones formuladas por el juez** de instancia no vulneran el principio de justicia rogada, ni el derecho al juez imparcial cuando las preguntas formuladas tenían como finalidad obtener aclaraciones y no se formularon preguntas o aclaraciones interesadas ni los comentarios realizados por el magistrado de instancia han tenido carácter intimidante para la interrogada, ni tampoco de los términos en que se desarrolla el interrogatorio por parte del juez se evidencia una falta de imparcialidad ( AP Murcia 7-7-03, EDJ 117935 ).

- 4294 Si hay **varias partes a quien interrogar**, se buscará que cada una de ellas no conozca previamente la declaración realizada por otra con anterioridad ( LEC art.310 ).

Si la parte citada para el interrogatorio no comparece al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle una multa de 180 a 600 euros. En la citación se apercibirá al interesado que, en caso de **incomparecencia injustificada**, se producirá el efecto que se acaba de señalar.

Si la parte llamada **se niega a declarar**, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado haya intervenido en ellos personalmente, y su fijación como ciertos le resulte perjudicial en todo o en parte. Cuando el declarante dé **respuestas evasivas o inconcluyentes**, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento anterior.

#### Precisiones



La **admisión tácita de los hechos** o *ficta confessio* para el caso de que la parte citada para el interrogatorio no comparezca al juicio, es meramente potestativa para el tribunal ( AP Madrid 19-5-11, EDJ 132966 ; AP Murcia 31-3-11, EDJ 82232 ).

Sin embargo, en otros casos se ha considerado que es justamente cuando **no hay otras pruebas adecuadas** para acreditar los hechos relevantes del litigio y tal ausencia de otras pruebas no se debe a la desidia del litigante que propuso la prueba de interrogatorio de parte, cuando la institución de la *ficta admissio* se revela como idónea para considerar acreditados tales hechos, por la naturaleza de los mismos y la intervención personal que en ellos tuvo la parte cuyo interrogatorio ha sido solicitado. En tales casos, al haber quedado los hechos sin prueba, o al menos sin prueba concluyente, tal facultad de la LEC art.304 ha de ser aplicada, puesto que de no serlo, el juego de los principios de la carga de la prueba beneficiaría a la parte que con su postura obstaculizadora de la práctica de la prueba, al no haber comparecido para ser interrogado, ha impedido que el interrogatorio pueda ser realizado ( AP Sevilla 19-1-10, EDJ 100084 ).

#### 4296 Efectos

La valoración del interrogatorio de la parte depende de si los **hechos** objeto de la declaración y contestados afirmativamente por el interrogado le son **perjudiciales** o **favorables**.

En el primer caso, los hechos **se consideran ciertos**, hacen prueba plena, tal y como sucede con la vigente LEC. Ahora bien, esta consecuencia solo se produce si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, con lo que es posible dar más valor probatorio a otros medios de prueba, aunque sean de valoración libre, pues la ley no distingue a este respecto. Esto supone que, de facto, la prueba de interrogatorio deja de ser de valoración tasada ( LEC art.316.1 ).

En el segundo caso, los hechos **se valoran libremente** por el tribunal ( LEC art.316.2 ).

En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones según las reglas de la sana crítica.

#### Precisiones

**1)** El interrogatorio de las partes, si bien hace prueba contra su autor, no es superior a los demás medios de prueba, de forma que la **eficacia del interrogatorio** queda condicionada a que no haya contradicción con las demás pruebas; asimismo el resultado de esta prueba es **indivisible** en cuanto no es lícito desarticularla en casación y desgajarla de las demás pruebas ( TS 23-12-09, EDJ 299934 ; 11-11-10, EDJ 251798 ).

**2)** La prueba del interrogatorio de las partes, anteriormente denominada de confesión judicial, se encuentra sometida a la valoración de los órganos de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, siendo, por ello, **ajena a la casación**, salvo en el caso de que clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las repuestas con antecedentes y otras circunstancias, sin necesidad de ninguna interpretación, de forma inequívoca y sin ninguna ambigüedad, el confesante realice una declaración contra sí mismo ( TS 20-9-06 ; 11-12-06, EDJ 331124 ).

**3)** El **reconocimiento por la parte** en la prueba de interrogatorio de un hecho decisivo puede fundamentar el fallo, sin que pueda admitirse en sede de recurso que sus declaraciones fueron un «**despiste**», pues conforme a la máxima de la experiencia de que nadie miente para perjudicarse a sí mismo ( LEC art.316 ), no está justificado que la demandada no dijera la verdad o cometiera un error en el interrogatorio practicado en el acto del juicio, máxime cuando la misma conclusión se ratifica por el resultado de otras pruebas practicadas en el juicio ( AP Cáceres 13-1-11, EDJ 19116 ).

#### 3. Prueba testifical

(LEC art.360 a 381 )

**4300 Consiste** en una actividad dirigida a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un hecho previamente afirmado, a través de la declaración de una persona, distinta de las partes y del juez, que ha conocido el hecho de que se trata.

#### 4301 Sujetos

(LEC art.360)

La fuente de la prueba testifical es el **testigo**, es decir, la persona que tienen noticia del hecho controvertido.

Testigo, por tanto, es la persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que conoce por cualquier sentido y que no habían adquirido para el declarante índole procesal en el momento de su observación -estos son los terceros **peritos-**, con la finalidad común a toda la prueba de provocar la convicción judicial en un determinado sentido.

Como **regla general**, el testigo es una **persona física**, pero dado que la ley caracteriza al testigo no por la percepción del hecho, sino por el conocimiento del mismo -aunque no lo haya percibido directamente-, es posible admitir la declaración testifical de personas jurídicas.

Se permite a las partes pedir, a través del juez, que una **persona jurídica** remita al juzgado una información escrita que resulte relevante para el proceso y cuyo conocimiento no se puede individualizar en ninguna persona concreta - por ejemplo, pedir a un banco una certificación- ( LEC art.381 ). Según la respuesta que se ofrezca, se puede proponer ya como testigo a una persona física para que complete o aclare la información aportada.

#### 4302 Aptitud para declarar

(LEC art.361 , 371 y 377 )

Centrándonos en las **personas físicas**, hay que señalar que no todas ellas son aptas para declarar como testigos. **No son aptas:**

- las personas privadas de razón;
- ni las que carecen de determinados sentidos en relación con conocimientos que deban obtenerse a través de ellos;
- ni los menores de 14 años, salvo que, a juicio del tribunal, tengan el discernimiento necesario.

Por otra parte, hay quien tiene aptitud para declarar como testigo, pero **no pueden hacerlo**, por estar sujeto a un deber de secreto.

También es posible que una persona declare como testigo, pero que se intente desacreditar su testimonio manifestando la concurrencia de determinadas circunstancias **-tachas-** que pueden afectar a la veracidad de su declaración ( LEC art.377 ).

#### 4303 Obligación de declarar

(LEC art.370)

El testigo tiene el deber de declarar cuando resulta llamado, un deber que se concreta en:

- la obligación de **comparecer** al juicio -bajo posible multa e incluso sanción penal ( LEC art.292 );
- la obligación de **prestar juramento** en que asegure que dirá la verdad, salvo que sea menor de catorce años -bajo sanción penal en caso de falso testimonio ( LEC art.365 )-; y
- la obligación de **declarar sobre lo que se le pregunte**.

En contraprestación por lo anterior, tiene derecho a que se le indemnice por los **gastos** que se le ocasionen por su declaración, indemnización que tendrá derecho a cobrar una vez finalizado el juicio o la vista -por lo que no tiene derecho a que se le adelanten los gastos que tenga- y que vendrá fijada por un decreto del secretario. Si varias partes proponen a un mismo testigo, el importe de la indemnización se prorrateará entre ellas ( LEC art.375 ).

4304 Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el **deber de guardar secreto** respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedara liberado de responder, se hará constar así en el acta. Si se alegara por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la Administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter. El tribunal, comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el **secreto oficial**.

#### 4305 Testigo-perito

(LEC art.370.4)

El testigo no debe tener otro conocimiento que el que se deriva de su noticia del hecho sobre el que declara. Ahora bien, es posible que, además, tenga **conocimientos especializados** en relación con él, entonces el tribunal puede valorar también tales conocimientos, y considerarle testigo-perito.

#### Precisiones

La figura del testigo-perito se contempla como referida a una persona que declara sobre hechos que ha percibido con anterioridad al proceso, pero sobre los que además posee conocimientos especializados, esto es, como un propio **testigo cualificado** y no como un perito, cuya característica esencial es aportar a un proceso conocimientos técnicos para valorar un determinado hecho del que no ha tenido **conocimiento previo** ( AP Asturias 19-11-07, EDJ 312456 ).

#### 4306 Interrogatorio acerca de los hechos que consten en informes escritos

(LEC art.380)

Lo normal es que el testigo sea accidental, es decir, que su conocimiento del hecho controvertido haya sido **meramente casual**, no provocado. Sin embargo, es posible que una persona haya estado **buscando estar presente** en el momento de producirse el hecho controvertido, como sucede con los **investigadores privados** en determinados procesos -matrimoniales, laborales, competencia desleal-. Se prevé un régimen especial de interrogatorio testifical para estas personas que acompañan su declaración con un informe relativo a los hechos controvertidos ( LEC art.265.1.4º ).

Si se han aportado a los autos informes sobre hechos y estos no han sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pueden perjudicar, se interroga como testigos a los **autores de los informes**, en la forma prevista en la Ley, con las siguientes **reglas especiales**:

- No procede la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe ha sido elaborado por encargo de una de las partes.
- El autor del informe, una vez acreditada su habilitación profesional, ha de reconocerlo y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes.
- El interrogatorio se limita a los hechos consignados en los informes.

#### Precisiones

En el caso de que se hubiera incorporado a la demanda un CD con una **grabación realizada por un profesional de la investigación privada**, la parte demandada, desde que tiene conocimiento de la misma, tiene la carga, si así lo considera, de denunciar su ilicitud de manera expresa. Si así no lo hace al contestar la demanda o en la audiencia previa del juicio ordinario, momento en que se procede a admitir las pruebas, no podrá oponerse a su admisión. No es posible que la prueba haya sido lícita durante todo el proceso y justo en el juicio, cuando la otra parte no puede realizar alegaciones ni proponer prueba para corroborarlas, transmute en ilícita ( JM Bilbao núm 1 20-3-07, EDJ 151596 ).

#### 4308 Objeto

(LEC art.360)

La declaración testifical versa sobre **hechos controvertidos** y relativos a lo que sea objeto del juicio -es decir, pertinentes-. Además, el testigo ha debido tener **noticia** de ellos, adquirida a través de cualquier medio perceptivo, incluso de forma indirecta -siendo entonces un **testigo de referencia**, que declara sobre lo que otro, que fue quien presenció el hecho, le ha dado a conocer-. Solo se debe entrar a valorar la declaración testifical de referencia cuando no es posible acceder a la del **testigo directo**.

#### 4310 Requisitos

Son los siguientes:

- **Lugar:** la declaración testifical debe realizarse en la sede y local del juzgado, aunque cabe practicar el interrogatorio fuera de dicha sede cuando concurren circunstancias que hagan imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del órgano judicial, bien por traslado del propio tribunal que va a juzgar, bien por vía de auxilio judicial ( LEC art.364 y 169.4 ).
- **Tiempo:** la declaración testifical se practica en el juicio, salvo que se realice anticipadamente en los casos señalados por la ley ( LEC art.431 ).
- **Forma:** la declaración testifical se practica oralmente, salvo la domiciliaria a la que no acuden las partes, en cuyo caso se admite la presentación de las preguntas por escrito, y con publicidad, intermediación y concentración ( LEC art.289.2, 290 , 364.1 y 368.1 ). Los testigos pueden usar cualquier lengua oficial del Estado o una lengua extranjera, y se nombrará un intérprete cuando así lo pida cualquiera de las partes alegando posible indefensión ( LEC art.142.3 y 4 y 143 ).

#### 4312 Procedimiento

La **proposición** de la prueba debe hacerse en la audiencia previa al juicio, aportando la parte proponente los datos de que disponga acerca de la identidad del testigo y señalando si hay que citarlo judicialmente o si se encarga ella misma de llevarlo a juicio ( LEC art.362 y 429.5 ). Desde la admisión de la prueba testifical y hasta su práctica en el juicio, es posible tachar a los testigos que se considere que incurren en alguna causa de las señaladas por la ley ( LEC art.378 ), lo que originará un breve incidente dirigido a mostrar la veracidad de la **tacha** ( LEC art.379 ).

Cada parte puede proponer un **número de testigos** ilimitado, aunque solo puede repercutir a la contraria en concepto de costas a tres por hecho controvertido. Por otra parte, es posible que no todos los propuestos declaren efectivamente, pues el tribunal puede obviar determinadas declaraciones si se considera suficientemente ilustrado. Para que el tribunal acuerde esta medida es necesario que, por las circunstancias que rodean a los testigos que ya

han declarado y a los que faltan por deponer, sea razonable prever que no va a existir una variación sustancial de la versión de los hechos que ya han aportado los primeros ( LEC art.363 ).

4313 La **práctica** de la prueba testifical comienza con el **juramento** de decir verdad y con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el tribunal si manifestara ignorarlas. Cuando se trata de testigos **menores de edad penal**, no se les exige juramento ni promesa de decir verdad ( LEC art.365 ).

A continuación se prosigue con la formulación al testigo de las **preguntas** denominadas «**generales de la ley**», cuyas respuestas pueden originar nuevas tachas ( LEC art.367.1 y 368.2 ):

- Su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.
- Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a estos por vínculos de adopción, tutela o análogos.
- Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.
- Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
- Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados.
- Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.

En vista de las respuestas del testigo a las preguntas generales, las partes pueden manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su **imparcialidad**. El tribunal puede interrogar al testigo sobre esas circunstancias y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia.

4314 A continuación, la **parte proponente** de la prueba realiza al testigo las preguntas que considere oportunas acerca de los hechos controvertidos ( LEC art.368.1 ). Deben formularse oralmente y con la debida claridad y precisión. No han de incluir valoraciones ni calificaciones, y si estas se incorporaran, se tendrán por no realizadas. A continuación, el tribunal decidirá sobre la **admisión de las preguntas** planteadas en el mismo acto del interrogatorio, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio. Se inadmitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo. Si pese a haber sido inadmitida, se respondiese una pregunta, la respuesta no constará en acta. La parte que se muestre disconforme con la inadmisión de preguntas, podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta.

En el acto mismo del interrogatorio, las partes distintas de quien haya formulado la pregunta pueden **impugnar su admisión** y hacer notar las valoraciones y calificaciones que estimen improcedentes y que, a su juicio, debieran tenerse por no realizadas ( LEC art.368 y 369 ).

4315 El testigo ha de **responder por sí mismo**, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder. En cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga.

Respondidas las preguntas iniciales, cabe **nuevo interrogatorio**, pero ahora realizado **por las demás partes** y por el tribunal ( LEC art.370.2 y 3 y 372 ). El tribunal debe repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles. En caso de inadmisión de estas preguntas, la parte puede manifestar su disconformidad con la inadmisión y pedir que conste en acta su protesta. Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también puede el **tribunal** interrogar al testigo.

Incluso se prevé la posibilidad de que se acuerde un **careo** entre varios testigos, o entre un testigo y una parte ( LEC art.373 ).

La práctica de la prueba se consigna en el **acta del juicio**, y las declaraciones generalmente quedan grabadas en cintas de audio o de vídeo ( LEC art.374 ).

4316 Las preguntas deben ser **formuladas en sentido afirmativo** ( LEC art.368.1 ).

#### Precisiones

Como ya se dijo en relación con el interrogatorio de las partes (nº 4280 s. ), esta expresión no debe interpretarse en sentido literal, sino únicamente como una fórmula que la ley usa para evitar que las preguntas incluyan proposiciones encadenadas negativas que puedan **inducir a error** a quien declara. En el caso de la prueba testifical, el absurdo al que conduciría una **interpretación rígida** de tal expresión sería aún mayor que para el interrogatorio de las partes, porque llevaría a negar el propio fundamento de aquella: si se quiere que el testigo ponga en conocimiento del tribunal aquello que ha percibido, ¿cómo se le va a guiar la respuesta a través de una pregunta que no admite más que un sí o un no?; ¿no estaríamos entonces ante la típica pregunta capciosa, que sugiere ya la respuesta que se quiere obtener? Y si lo que se pretende es obtener una información del testigo desconocida para quien pregunta y para el

tribunal, ¿cómo puede la ley obligar a formular una pregunta en sentido afirmativo, si se desconoce precisamente el dato que sirve de base para la afirmación o para la negación?

4317 Por último, la ley señala que cuando hay **varios testigos**, han de estar comunicados entre sí para que unos no declaren conociendo lo que ya han dicho otros anteriormente ( LEC art.366 ).

#### 4318 Efectos

Las declaraciones testificales se valoran libremente, debiendo tenerse en cuenta a los efectos de dicha **valoración** ( LEC art.376 ):

- tanto la **razón de ciencia** del testigo -es decir, el grado de conocimiento que demuestre del hecho controvertido, pues no es lo mismo un testigo presencial que uno de referencia, por ejemplo-;

- como las circunstancias que concurren en el declarante y que afectan a su **credibilidad** -la forma externa de su declaración -gestos, dudas, aplomo- y, sobre todo, las tachas formuladas-.

Las «**reglas de la sana crítica**» como criterio orientador de la valoración de este medio de prueba se refieren a las máximas de la experiencia y al sentido común, que son los dos parámetros que mejor pueden indicar al juzgador el grado de fiabilidad que puede conceder a las declaraciones realizadas ante él por cada uno de los testigos.

#### Precisiones

1) Las reglas de la sana crítica son las propias del criterio racional que, al no hallarse consignadas en precepto legal alguno, **no** son susceptibles de **impugnación** en casación ( TS 11-10-00, EDJ 37067 ; 30-10-00, EDJ 37076 ), quedando tal apreciación está reservada a la soberanía de los juzgadores de instancia ( TS 8-5-98, EDJ 18023 ; 7-2-00, EDJ 601 ; 13-7-01, EDJ 15324 ), que en su libre convicción han de ajustarse a las máximas de la experiencia, evitando la arbitrariedad ( TS 17-5-02, EDJ 14744 ). Tan solo deviene revisable en casación cuando se revela arbitraria, irracional, ilógica o disparatada ( TS 21-9-92, EDJ 8979 ; 2-12-97, EDJ 9763 ; TSJ Navarra 8-4-05, EDJ 55289 ).

2) Las normas de valoración de la prueba testifical no son idóneas para sustentar un motivo de impugnación en el **recurso extraordinario por infracción procesal** de cuestiones relativas a la valoración de la prueba, por ser de libre valoración, salvo supuestos de arbitrariedad o error patente ( TS 13-11-09, EDJ 276015 ; 11-11-10, EDJ 251798 ).

3) La valoración de la prueba testifical es función soberana de los **tribunales que conocen en instancia**, y máxime todavía cuando el tribunal tiene a su disposición otras pruebas como la documental para la fijación de los datos fácticos de necesaria constancia para formular los juicios jurídicos ( TS 21-6-11, EDJ 120436 ).

4) Constituye doctrina pacífica y reiterada por la jurisprudencia que la **credibilidad de los testigos** corresponde al juzgador que ha estado presente en el desarrollo de la prueba, interviniendo en la práctica de la misma y gozando de la inmediación y, por tanto, el juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria, quedando reducida la apelación a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez *a quo* de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de las pruebas es la procedente por su adecuación a los resultados objetivos en el proceso ( AP Murcia 14-10-10, EDJ 244725 ).

#### 4. Prueba pericial

(LEC art.335 a 352 )

4325	a. Sujetos	4328
	b. Objeto	4333
	c. Requisitos	4335
	d. Procedimiento	4350
	e. Efectos	4360
	f. Supuestos especiales	4365

4326 La prueba pericial **consiste** en una actividad dirigida a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un hecho previamente afirmado, y que se concreta en la declaración de una persona, distinta de las partes y del juez, que aporta al proceso sus **conocimientos especializados** en una materia no jurídica cuyo conocimiento resulta necesario para valorar tal hecho.

## a. Sujetos

4328 En la prueba pericial, la **fuentes de prueba** es una persona que dispone de conocimientos especializados científicos, artísticos, técnicos o prácticos ( LEC art.335.1 ). Esta persona no puede ser ni una de las partes ni el propio juez, aunque este crea disponer de los conocimientos especializados requeridos, precisamente para salvaguardar su objetividad.

Por tanto, **perito** es la persona que, sin ser parte, emite, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que le son facilitados para que los valore en razón a sus conocimientos especiales y declare ante el tribunal.

Aunque el **informe pericial** siempre lo ha de realizar una persona física, puede encomendarse bien a una persona física directamente, bien a una persona jurídica -academia, institución o persona jurídica especializada-, para que esta designe a su vez quien lo va a realizar, con lo que el informe realizado se ve respaldado por el prestigio que pudiera corresponder a la citada persona jurídica ( LEC art.340 ).

Salvo acuerdo en contrario de las partes, **no se puede solicitar dictamen** a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto ( LEC art.335.3 ).

## 4329 Requisitos

Para poder ser perito ante un tribunal, se necesita la concurrencia de dos requisitos:

1. **Aptitud** ( LEC art.340.1 ). El perito debe poseer los conocimientos especializados requeridos en cada caso. Por eso se exige, como regla general, un título que acredite esos conocimientos -perito **titulado**-, pero si no existe título de la materia de que se trate, el perito debe ser un entendido en ella -perito **no titulado**-.

La cualificación profesional no es óbice para que las partes puedan intentar desacreditar el testimonio del perito designado por la parte, y por ello se les permite poner de manifiesto determinadas circunstancias -**tachas**- que concurren en el perito y pueden afectar al trabajo realizado ( LEC art.124.2 y 343.1 ). Por lo tanto, el perito tachado puede emitir dictamen pericial, pero el juez debe valorar las circunstancias en que consiste la tacha y la incidencia que ha podido tener en el informe realizado ( LEC art.344.2 ).

Por el contrario, el **perito designado judicialmente** no puede ser tachado, pero sí recusado ( LEC art.343.1 ). A diferencia del caso anterior, si se estima la recusación, al perito se le impide emitir dictamen pericial, debiendo ser sustituido por quien corresponda ( LEC art.124 s. ).

4330 2. **Voluntad**. El perito, una vez designado por la parte o por el juez, debe aceptar el encargo. Esta aceptación se presupone en el primer caso, y se regula legalmente en el segundo, no pudiendo negarse el designado judicialmente a emitir el informe, sino por justa causa ( LEC art.342.2 ). Una vez producida la **aceptación**, se procede a su **nombramiento** en el caso de designación judicial ( LEC art.340.2 ), y al juramento del cargo en todo caso ( LEC art.335.2 para todo perito y LEC art.340.3 y 342.1 específicamente para los peritos señalados por una persona jurídica y para los designados judicialmente). El **juramento** consiste en asegurar que se actuará con imparcialidad, y que se conocen las sanciones penales que la ley establece para el caso de incumplimiento ( LEC art.335.2 ).

Por último, hay que señalar que, como consecuencia de su actividad, el perito tiene derecho a cobrar unos **honorarios** ( LEC art.241.1.4º y 342.3 ), y tiene un **cuádruple deber**:

- aceptar el nombramiento;
- realizar el dictamen -estos dos no tienen expresa mención legal cuando se trata de perito nombrado por la parte-;
- acudir al juicio si así se solicita ( LEC art.292.1 ); y
- ser imparcial en su pericia.

## b. Objeto

4333 La prueba pericial debe recaer sobre hechos controvertidos, relevantes y que exijan **conocimientos especializados** de tipo artístico, científico, técnico o práctico, pero no de carácter jurídico, porque se supone que el juez posee los **conocimientos jurídicos** necesarios para resolver en Derecho cualquier controversia ( LEC art.335.1 ).

### Precisiones

Los **dictámenes de contenido estrictamente jurídico** que puedan, en su caso, aportarse en un procedimiento, elaborados sobre cuestiones jurídicas por expertos con conocimientos jurídicos -p.e. profesores de universidad-,

no merecen el valor de prueba pericial, ya que la finalidad de la misma no puede ser otra que aportar al proceso conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que permitan valorar los hechos objeto del proceso o adquirir certeza respecto a ellos ( LEC art.335 ). Los conocimientos jurídicos, en cambio, incumben al juzgado o tribunal, que por la función que tiene encomendada ni precisa ni puede recabar el asesoramiento de tercero al respecto, de forma que dichos dictámenes no pueden tener una consideración procesal distinta que la dedicada a la de los propios alegatos de la parte que los aporta ( AP Madrid 10-3-09, EDJ 390226 ).

### c. Requisitos

#### 4335 Lugar

(LEC art.345)

Los informes periciales se deben presentar en la **sede judicial**, presumiblemente ante el secretario del juzgado ( LEC art.289.3 ). En ocasiones es posible que dichos informes requieran el **reconocimiento** de algún lugar, lo que se llevará a cabo, con posible presencia de las partes, en todo caso antes del juicio.

#### 4336 Tiempo

El momento en que debe presentarse el **informe pericial** varía según que este lo haya realizado un perito designado por la parte o uno designado judicialmente:

#### 4337 Perito designado por las partes

(LEC art.336 s.)

Si el **demandante** quiere que el informe lo realice un perito por él designado, el informe debe realizarse con carácter previo y presentarse con la **demanda**, so pena de precluir la posibilidad de presentar cualquier informe pericial posteriormente ( LEC art.265.1.4º, 269.1 y 336.1 ). A dicho informe se pueden acompañar los **documentos complementarios** que se estimen necesarios ( LEC art.336.2 ).

Se entiende que, por regla general, el actor tiene tiempo suficiente para pedir y obtener el dictamen pericial, por lo que solo se le permitirá el **anuncio y presentación posterior**, si justifica cumplidamente la imposibilidad de aportarlo con la demanda ( LEC art.336.3 ).

Si se le admite que no presente el dictamen con la demanda, deberá presentarlo, en todo caso, 5 días **antes de iniciarse la audiencia previa** al juicio ordinario o de la vista en el verbal, con el fin de que en esta audiencia se pueda pedir la comparecencia de los peritos autores de los dictámenes al juicio posterior ( LEC art.337 ).

4338 Si es el **demandado** quien quiere designar perito, debe aportar el informe pericial con la **contestación a la demanda** ( LEC art.265.1.4º y 336.1 ). Si no puede hacerlo por la premura de tiempo que tiene para contestar, debe justificar tal imposibilidad y anunciar su **presentación posterior**, que debe tener lugar, en todo caso, 5 días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal ( LEC art.336.4 y 337.1 ).

4339 Los **plazos preclusivos** mencionados hasta ahora **no operan** respecto de los dictámenes periciales que resulten necesarios como consecuencia de lo alegado por el demandado en su contestación, o por cualquiera de las partes en las alegaciones complementarias de la audiencia previa ( LEC art.338.1 ). En tales casos, se pueden aportar los dictámenes hasta 5 días antes de la celebración del juicio ( LEC art.338.2 ), 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 señalado en LEC art.337.2 .

Lo mismo podrá hacer el tribunal cuando se trate de **juicio verbal** y las partes solicitasen en la vista designación de perito, en cuyo caso se interrumpirá aquella hasta que se realice el dictamen.

La clave está en determinar los supuestos en los que las **alegaciones del demandado** justifican la aportación de un dictamen pericial por la parte demandante. La interpretación finalista y sistemática de esta previsión lleva a concluir que quedan **excluidos** los siguientes supuestos:

**a) La subsanación de omisiones, olvidos, inexactitudes** o cualesquiera irregularidades en la aportación del informe pericial o en el contenido del informe pericial aportado con la demanda para acreditar los hechos constitutivos de la *causa petendi*, pues, de otra forma, carecería de sentido que la LEC haya establecido una regla general preclusiva y no se respetarían los principios de contradicción, de interdicción de la indefensión y de igualdad de armas en el proceso que exigen que las partes tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión ( LEC art.336.1 y 265.1.4 ).

**b) La formulación de una réplica encubierta** a los hechos alegados en la contestación, pues la LEC art.427.2 sitúa en la audiencia previa el momento en el que las partes tienen la oportunidad de manifestarse respecto a los informes aportados y de pedir su ampliación y la LEC art.426.1 y 428.1 sitúa, asimismo, en la audiencia previa los momentos

en que los litigantes pueden efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario y fijar los hechos controvertidos.

4340

#### Precisiones

1) Ha de **examinarse en cada proceso** lo que fue objeto de la demanda y lo que ha sido objeto de alegación en la contestación para decidir si está justificada la presentación de un dictamen o si se pretende su utilización más allá de la previsión de la norma ( TS 14-3-11, EDJ 30409 ).

2) Aunque la LEC no lo indique expresamente, se pueden aportar dictámenes periciales con la **reconvención** y con la **contestación a la reconvención** ( TS 14-3-11, EDJ 30409 ).

3) Es necesario que, en el momento de la celebración de la **audiencia previa**, las partes tengan y hayan podido examinar los dictámenes periciales elaborados por los peritos de las partes en que funden sus respectivas pretensiones por ser determinantes y servir de base y fundamento a las mismas. El respeto a los principios de contradicción, de interdicción de la indefensión y de igualdad de armas en el proceso exige que las partes tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión. Las partes han de ser diligentes atendiendo a estas previsiones y también corresponde a los órganos judiciales una especial **diligencia** cuando se agota el plazo de presentación para evitar la indefensión de la parte contraria que pueda generarse por situaciones derivadas de la organización de las oficinas de presentación de escritos ( TS 27-12-10, EDJ 290466 ).

4341 Corresponde a la parte abonar al perito los **gastos del informe**, sin perjuicio de que pueda repercutirlo posteriormente a la contraria si se condena a esta última en costas ( LEC art.241 ).

#### Precisiones

La llamada «**privatización**» de la **prueba pericial**, impone, en principio, a las partes la obligación de aportar sus dictámenes periciales al proceso. La doctrina distingue hasta 12 momentos procesales distintos en los que se puede aportar el dictamen. Algún autor ha hablado del *labyrinthus peritiae*, aludiendo al casuismo que rige este medio probatorio ( AP Baleares 4-2-05, EDJ 7453 ).

4342 **Perito designado judicialmente**

(LEC art.339 s.)

Si cualquiera de las partes prefiere que sea el juez quien le designe perito, bien porque se va a solicitar asistencia jurídica gratuita -que da derecho a informe pericial gratuito ( LEC art.339.1 )-, bien porque se confía más en el grado de convicción que puede tener un perito no elegido por la parte, o por cualquier otra razón -por ejemplo, que no se conozca persona con conocimientos especializados-, debe anunciarlo así en la **demanda** o en la **contestación**, y el juez lo designará en el plazo de 5 días después de contestada la demanda ( LEC art.265.1.4º y 339.1 y 2 ).

#### Precisiones

En la designación judicial de peritos en los procesos jurisdiccionales se diferencia:

- un **aspecto jurisdiccional**, que concierne a la designación de la persona concreta que debe actuar como perito en un proceso determinado -acto procesal de indudable trascendencia, por estar implicado el esencial valor de la imparcialidad-; y

- un **aspecto meramente gubernativo**, cuyo alcance o contenido no es sino el puramente instrumental de establecer el elenco de personas al que hay de acudir para realizar dicha designación ( LEC art.341 , en lo que dispone sobre las organizaciones a las que se puede acudir para confeccionar la lista de peritos; TS 3-3-10, EDJ 71347 ; 27-5-11 ).

4343 Este perito se elige de entre una **lista** presentada al principio del año por los colegios profesionales y otras entidades ( LEC art.341 ; CGPJ Instr 5/2001 ).

#### Precisiones

Se otorga **preferencia** a las listas de colegiados dispuestos a actuar como peritos, remitidas por los **colegios profesionales** y solo en defecto de ellas se recabarán las listas de **entidades análogas** a aquellos, así como de las **academias e instituciones culturales y científicas** que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia ( TS cont adm 27-5-11 ).



- 4344 Si **las dos partes solicitaron perito designado judicialmente**, el juez puede nombrar uno solo -en lugar de dos-, si ambas se muestran conformes con esta decisión. Esto mismo puede hacer si la necesidad de designar perito surge de lo alegado en la audiencia previa ( LEC art.339.2 a 4 ).

#### Precisiones

Cuando se ha designado perito judicial, y consta en las actuaciones diligencia firmada por los procuradores de ambas partes, aceptando el nombramiento el perito, sin manifestación alguna al respecto, no puede alegarse la **nulidad de la designación** de perito por no poseer la cualificación necesaria después de conocer el contenido del dictamen pericial, claramente desfavorable a sus intereses. Por ello, no puede instarse la nulidad por haber mantenido una actitud pasiva, a pesar de conocer el perito designado, hasta que se conoce el contenido del informe emitido por dicho perito ( AP La Rioja 30-12-09, EDJ 359338 ).

- 4345 En estos casos, el perito designado puede solicitar, en los 3 días siguientes a su nombramiento, la **provisión de fondos** que considere necesaria, a cuenta de la liquidación final. El letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la cuenta de depósitos y consignaciones del tribunal, en el plazo de 5 días. Transcurrido dicho plazo, si no se depositó la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación.

Cuando se haya **designado perito de común acuerdo**, y uno de los litigantes no realice la parte de la consignación que le corresponda, el letrado de la Administración de Justicia ofrecerá al otro litigante la posibilidad de ( LEC art.342.3 ):

- completar la cantidad que falte, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen; o
- recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto más arriba.

Si **cualquiera de las partes no solicita** en su demanda o contestación la designación judicial de perito no puede proponer dicha prueba posteriormente, salvo que se refiera a hechos o alegaciones no existentes hasta ese momento ( LEC art.339.2 ).

Por su parte, el juez puede **acordar de oficio la prueba pericial** en los procesos en que esté en juego una materia de interés público ( LEC art.339.5 ; por ejemplo, en procesos sobre declaración de impugnación de filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales).

#### 4346 Forma

El **informe pericial** se realiza por escrito, aunque la ratificación y explicación del mismo es oral.

#### d. Procedimiento

- 4350 La prueba pericial relativa al fondo del asunto debe proponerse con la **demanda** y la **contestación**, bien acompañando directamente el informe pericial, bien anunciando que se va a presentar posteriormente dicho informe.

Si no les es posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, deben expresar 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, 5 días **antes de iniciarse la audiencia previa** al juicio ordinario o de la vista en el verbal ( LEC art.337.1 ).

#### Precisiones

No hay norma jurídica, ni material, ni procesal, que imponga a una parte en litigio la **obligación de colaborar** en una prueba pericial de que la otra parte intente valerse, a los efectos de someterse a una pericia sobre su propio cuerpo. Las partes pueden aportar al proceso dictámenes periciales, pero no se impone obligación alguna para que una de las partes colabore en la práctica de la prueba pericial de que la parte contraria se quiera valer ( AP Málaga 10-11-11, núm 582/2010 ).

- 4351 El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su **dictamen**, que hará llegar por medios electrónicos al tribunal en el plazo que se le haya señalado.

Por otra parte, 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 con trámite de contestación escrita, 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 señalado en LEC art.337.2 ( LEC art.339.2 ). Las partes han de señalar si creen o no necesario que los peritos acudan al juicio a fin de aportar explicaciones sobre su informe ( LEC art.337.2 y 346 ). El propio juez puede acordar la **presencia del perito en el juicio**, aunque no la hayan solicitado las partes ( LEC art.346 ).

#### Precisiones

El tribunal tienen la obligación de aceptar la **intervención del perito en el juicio** demandada por las partes, para que puedan solicitarle las aclaraciones o explicaciones que resulten oportunas, pues solo en el caso de que la solicitud de intervención del perito haya de estimarse **impertinente o inútil** puede el tribunal denegarla. Da lugar a **nulidad de actuaciones** la práctica de la prueba pericial omitiendo el traslado a las partes para solicitar las aclaraciones oportunas al informe pericial ( AP Burgos 11-5-07, EDJ 154236 ; AP Málaga 11-4-07, EDJ 219555 ).

**4352 Después de la audiencia y antes del juicio**, hay dos actuaciones posibles:

1. La primera consiste en la presentación del **informe pericial** derivado de lo alegado en la contestación o en la audiencia previa al juicio ( LEC art.338.2 ).

2. La segunda se refiere a la posibilidad de formular escrito de **recusación del perito** designado judicialmente, dado que la ley permite formular dicha recusación al inicio del juicio o antes de él, siempre que se demuestre que la causa de recusación no se conocía cuando se notificó el nombramiento de perito ( LEC art.125.2 ). Presentado el escrito, se suscita un incidente regulado en LEC art.126 a 128 .

**4353 En el juicio:**

- Las **partes** pueden ( LEC art.431 ): - interrogar al perito sobre su informe, e incluso pedir una ampliación del mismo; así como, - formular las tachas que no conocieran hasta ese momento.
- El **tribunal** puede preguntar sobre el dictamen pericial, pero no pedir su ampliación.

**4354 Finalizado el juicio**, la única actuación, salvo las diligencias finales, que la ley permite en relación con la prueba pericial, es la de formular **recusación** cuando la causa no era conocida hasta entonces, para que el tribunal conozca ese hecho antes de dictar sentencia ( LEC art.125.3 ).

Por el contrario, no se pueden alegar **tachas** después del juicio ( LEC art.343.2 ).

#### e. Efectos

**4360** La prueba pericial es objeto de **libre valoración** por el juez ( LEC art.348 ). Gracias a la efectiva posibilidad de contradicción, es muy frecuente que el tribunal funde su propia convicción en los resultados del **interrogatorio** desarrollado durante el juicio, y no únicamente en las **conclusiones**, que se desprenden del informe pericial que se presenta por escrito.

El tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, debe ponderar, entre otras, las siguientes **circunstancias** ( AP Bizkaia 24-11-05, EDJ 271489 ):

1ª. Los **razonamientos** que contienen los dictámenes, y los que se han vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro ( TS 10-2-94, EDJ 1134 ).

2ª. Las **conclusiones** conformes y mayoritarias que resultan, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes ( TS 4-12-89, EDJ 18522 ).

3ª. Las operaciones periciales llevadas a cabo por los peritos que han intervenido en el proceso, los **medios o instrumentos empleados** y los datos en los que se sustentan los dictámenes ( TS 28-1-95, EDJ 50 ).

4ª. La **competencia profesional** de los peritos que los han emitido, así como todas las circunstancias que hacen presumir su objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema de la nueva LEC, a que se dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes ( TS 31-3-97, EDJ 2111 ).

**4361**

#### Precisiones

**1)** Conforme a la LEC el sistema de valoración de la prueba es el de **libre apreciación razonada**, esto es, apreciación según las reglas de la sana crítica. El juez debe valorar los dictámenes tomando en cuenta sus propias **máximas de experiencia**, como son ( AP Baleares 4-2-05, EDJ 7453 ):

- la lógica interna del informe del experto;
- su ajuste a la realidad del pleito;
- la titulación del perito con relación a lo que constituye el objeto de la pericia;
- la relación entre el resultado de la pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos;
- el detalle y exhaustividad del informe;
- la metodología o las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones, como son la inspección, la extracción de muestras o la realización de análisis.

**2)** La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la **impugnación** de la valoración del **dictamen de peritos**, cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica ( TS 9-3-10, EDJ 45217 ; 11-11-10, EDJ 1881 ). Como indica la TS 29-4-05, EDJ 55117 , la casuística jurisprudencial ha permitido plantear objeciones a la valoración de la pericial efectuada en la sentencia impugnada cuando:

- a) Se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio ( TS 18-12-01, EDJ 49211 ; 8-2-02, EDJ 1586 ; 10-11-94, EDJ 8719 ).
- b) Se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica, o se adopten criterios desorbitados o irracionales ( TS 19-6-02, EDJ 23883 ; 18-12-01, EDJ 49211 ).
- c) Se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial ( TS 20-2-92, EDJ 1580 ; 28-6-01, EDJ 12644 ; 19-7-02, EDJ 28343 ; 28-2-03, EDJ 6483 ; 30-11-04 ).
- d) Se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia ( TS 3-3-04, EDJ 260167 ; 18-12-01, EDJ 49211 ; 24-12-94, EDJ 24065 ).

En relación con la **eficacia** de la **prueba de peritos**, el tribunal tiene declarado ( TS 22-2-06, EDJ 11931 ) que el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar esta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito ( TS 16-10-80, EDJ 1071 ), de las que pueden prescindir ( TS 10-9-15, EDJ 161325 ; 10-2-94, EDJ 1134 ).

**3)** Es jurisprudencia reiterada que entre las normas de nuestro sistema que contienen **regla tasada de valoración probatoria**, no se encuentran las referentes a la prueba pericial, pues dicha prueba está sujeta a las reglas de la sana crítica, de modo que al no estar estas constatadas en normas legales preestablecidas, el criterio valorativo no puede ser sometido a **revisión casacional**, a no ser que el mismo sea notoriamente irracional o no ajustado a las directrices de la lógica. Salvo casos muy excepcionales, no cabe intentar en casación que se revise o censure la valoración de la prueba pericial hecha por el tribunal de instancia, ya que al confiarse tal valoración a la sana crítica solo es posible la infracción de tales preceptos si el tribunal de instancia ha llegado a conclusiones absolutamente contrarias a la lógica, al raciocinio humano o a las máximas comunes de experiencia ( TS 26-2-92 ; 30-11-94 ; 8-11-96, EDJ 7790 ; 20-11-98, EDJ 25683 ).

#### f. Supuestos especiales

#### 4365 Cotejo de letras

(LEC art.349 s.)

Se practica cuando la autenticidad de un **documento privado** se niega o se pone en duda por la parte a quien perjudica, y cuando se niega o discute la autenticidad de cualquier **documento público** que carezca de matriz y de copias fehacientes, siempre que dicho documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente.

El cotejo de letras se practica por perito designado por el tribunal. La parte que solicite el cotejo de letras ha de designar el documento o documentos indubitados con que deba hacerse. Se consideran **documentos indubitados** a los efectos de cotejar las letras:

- los documentos que reconozcan como tales todas las partes a las que pueda afectar esta prueba pericial;
- las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al DNI;
- los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa;
- el escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique.

**4366** A falta de alguno de estos documentos, la parte a la que se atribuya el documento impugnado o la firma que lo autorice, puede ser requerida, a instancia de la contraria, para que forme un **cuerpo de escritura** que le dicte el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia. Si el requerido se niega, el documento impugnado se considera reconocido.

Si **no hay documentos indubitados** y resulta imposible el cotejo con un cuerpo de escritura por **fallecimiento o ausencia** de quien debiera formarlo, el tribunal apreciará el valor del documento impugnado conforme a las reglas de la sana crítica.

El perito que lleve a cabo el cotejo de letras consignará por escrito las operaciones de **comprobación** y sus **resultados**. Se aplica al dictamen pericial de cotejo de letras lo dispuesto en general para la prueba pericial.

#### 4367 Dictámenes periciales instrumentales de pruebas diferentes (LEC art.352)

Las partes pueden aportar o proponer dictámenes periciales sobre **otros medios de prueba admitidos** por el tribunal cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración.

#### 4368 Testigo-perito (LEC art.370.4º)

Cuando el testigo posee **conocimientos** científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos del interrogatorio, el tribunal admite las **manifestaciones** que en virtud de dichos conocimientos agrega el testigo a sus respuestas sobre los hechos. Sobre estas manifestaciones se admiten las circunstancias de las **tachas** de los peritos.

### 5. Reconocimiento judicial

(LEC art.353 a 359 )

#### 4375 El reconocimiento judicial consiste en una actividad dirigida a convencer al juez de la certeza positiva o negativa de una afirmación fáctica, mediante la propia **percepción del juez** del estado de la cosa, lugar o persona a que se refiere dicha afirmación.

El reconocimiento judicial se acuerda cuando, para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, es necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.

Se trata de un supuesto en que el tribunal decisor, de primera o de segunda instancia, precisa de la **apreciación personal y directa** del objeto o persona reconocido y al propio tiempo, tratándose del lugar litigioso, este, entre la decisión del primer grado jurisdiccional hasta la que deba recaer en alzada, puede haber sufrido modificaciones objetivas que necesiten de nuevo examen.

#### 4376 Objeto

Como se ha señalado, el reconocimiento puede recaer en un **lugar**, en un **objeto** o en una **persona**. En este último caso, han de respetarse los criterios establecidos en LEC art.355 .

Mientras que en los demás medios de prueba el juez tiene un contacto indirecto con la fuente de prueba, en el reconocimiento judicial es el propio juez quien establece un **contacto directo** con esta -ve el inmueble en ruina, examina al presunto incapaz, observa la contaminación existente-. Ello no obsta a que también esta prueba deba ser solicitada por alguna de las partes para que pueda acordarse su práctica ( LEC art.353.2 ).

#### Precisiones

1) El reconocimiento judicial permite que las partes soliciten que el juez examine por sí mismo algún sitio cuando sea necesario para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, pero no se impone al juzgador el **deber u obligación imperativo** de admitirlo incondicionalmente, sino cuando se estime necesario para al esclarecimiento y apreciación de los hechos, es decir, que la aceptación de tal medio probatorio depende de la discrecionalidad del juez ( TS 19-1-06, EDJ 2821 ).

2) El reconocimiento judicial no es el **medio de prueba idóneo** para probar los aspectos fácticos controvertidos cuando hacen referencia a temas propios de la pericia, que exige conocimientos técnicos no jurídicos, cuando el examen directo por el juzgador de la cosa litigiosa no pueda aportar nada de interés para el esclarecimiento y apreciación de los hechos que no se haya podido proporcionar con fotografías ( TS 13-7-04, EDJ 82625 ).

#### 4378 Requisitos

Son los siguientes:

- **Lugar:** el reconocimiento judicial puede hacerse: - en la **sede y local del tribunal**, cuando se lleva el objeto mueble allí, o se desplaza la persona a quien hay que reconocer; o - **fuera** de él, si se trata de un inmueble o de un lugar. En este último caso, lo habitual es realizarlo a través de **auxilio judicial**, con lo que se pierde la inmediatez, al no disponer el juez que va a juzgar más que del acta del reconocimiento judicial que ha levantado el letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.169.2 y 358 ). Esta disfunción puede paliarse con la obligación que la ley establece de efectuar siempre **grabación** del reconocimiento judicial ( LEC art.359 ).

Si alguien se opone a que se practique materialmente el reconocimiento, se puede llegar a ordenar incluso la entrada en lugar cerrado para tal fin ( LEC art.354.1 ).

- **Tiempo:** el reconocimiento judicial debe practicarse: - **antes del juicio**, si no puede practicarse en la sede del tribunal ( LEC art.429.4 ); o - **en el juicio**, si puede llevarse a cabo en él. En el primer caso, hay que citar a las partes con una antelación de al menos 5 días, por si quieren asistir ( LEC art.353.3 ).
- **Forma:** el reconocimiento es público, aunque puede limitarse esa publicidad cuando se trata del reconocimiento de personas ( LEC art.355.1 ). En todos los reconocimientos judiciales el tribunal debe desarrollar una actuación sensorial -vista, oído, olfato, gusto, tacto-, que le permita valorar las afirmaciones realizadas sobre los hechos.

#### 4380 Procedimiento (LEC art.353 s.)

El reconocimiento judicial debe proponerse en la **audiencia previa** al juicio, indicando ( LEC art.353.2 ):

- quién lo propone;
- la extensión de aquel; y
- si considera conveniente que acuda a él un perito.

El tribunal admitirá la prueba propuesta si estima el **reconocimiento «necesario o conveniente»** ( LEC art.353.1 ), que no añade nada a los criterios habituales de pertinencia y utilidad, y además rompe el carácter excepcional que antes tenía el reconocimiento judicial), pudiendo añadir **nuevos extremos** a los ya solicitados ( LEC art.353.2 ).

De igual modo, acordado el reconocimiento, la parte contraria puede solicitar una **ampliación o concreción** del mismo, así como la presencia de un **perito** ( LEC art.353.2 ).

#### 4381 Asistentes

Al acto de reconocimiento pueden acudir las **partes**, sus representantes y sus abogados, interviniendo de palabra en lo que consideren oportuno ( LEC art.354.2 ).

También pueden estar presentes los **peritos** llamados por las partes ( LEC art.354.3 , que no permite al juez nombrar perito de oficio, sino interrogar de oficio al ya llevado por las partes), practicándose entonces conjuntamente las pruebas pericial y de reconocimiento judicial ( LEC art.356 ).

Incluso pueden acudir **testigos**, por si el contacto directo con el objeto o el lugar pudieran contribuir a clarificar su testimonio ( LEC art.357.1 ).

Dentro del acto de reconocimiento, se permite que **una parte interroge a la otra**, se entiende que a los mismos fines del caso anterior ( LEC art.357.2 ).

#### 4382 Acta

Del reconocimiento se debe levantar siempre acta, en la que, además de constatar las declaraciones y pruebas acaecidas, se deben incorporar las **percepciones y apreciaciones del tribunal**. Para una mejor constancia de lo sucedido, se ha de efectuar la **grabación** del acto del reconocimiento, pudiendo las partes pedir copia a su costa ( LEC art.358 y 359 ).

#### 4384 Efectos

La LEC no indica cómo debe valorar el tribunal el reconocimiento judicial, pero de sus preceptos se deduce que debe hacerlo siguiendo las reglas de la **sana crítica**, guiado por lo que percibió. Evidentemente, y a efectos de un posible recurso de apelación, no vinculan igual al tribunal de segunda instancia los **datos objetivos** que constan en el acta -o en la grabación-, que los subjetivos derivados de la **propia percepción**, pues nada obsta a que, conforme a aquellos datos, y valorando otros elementos probatorios, el tribunal de apelación llegue a una conclusión diferente al de instancia.

### 6. Reproducción de la palabra, sonido e imagen

(LEC art.382 y 383 y 384 )

#### 4390 Las partes podrán proponer como **medio de prueba** la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

La **prueba instrumental** es aquella actividad dirigida a convencer al juez de la certeza positiva o negativa de un hecho previamente afirmado, mediante la presentación de instrumentos que permiten reproducir la imagen, el sonido, o determinados datos, referentes al hecho afirmado.

#### 4391 Objeto

La fuente de prueba son, en este caso, los medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen o los instrumentos que archivan y reproducen palabras, datos, cifras. En definitiva, cualquier **instrumento técnico** que recoja lo sucedido o ponga de manifiesto los datos existentes.

#### 4392 Requisitos

Han de cumplirse los siguientes:

- **Lugar:** los instrumentos deben presentarse en la sede del tribunal, ante el letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.289.3 ).
- **Tiempo:** los instrumentos en que las partes funden su derecho deben acompañarse a la **demanda** y a la **contestación**, so pena de que precluya la posibilidad de presentarlos posteriormente ( LEC art.265.1.2º y 269.1 ). Los no fundamentales, y aquellos que desee presentar el actor como consecuencia de las alegaciones del demandado, se presentan en la **audiencia previa** al juicio ( LEC art.265.3 ). Sin embargo, en esta audiencia, y a diferencia de lo que sucedía con la prueba documental, no se permite presentar **nuevos instrumentos** como consecuencia de las alegaciones formuladas por la parte contraria en la propia audiencia ( LEC art.426.5 , a *sensu contrario*). Ahora bien, en cualquier momento del proceso, y hasta el fin del juicio, se pueden presentar nuevos instrumentos siempre que se dé alguno de los casos a que se refiere la LEC art.270.1 ( LEC art.270 y 271 ).
- **Forma:** los instrumentos se presentan ante el letrado de la Administración de Justicia, y a ellos se debe acompañar, en su caso, **transcripción escrita** de su contenido, cuando lo que reproduce son palabras y sonidos. La Ley no exige que acompañe **copias** del instrumento presentado ( LEC art.273 , a *sensu contrario*, que se refiere solo a los documentos), ni se permite obtener copias de tales instrumentos, sino solo consultarlos en sede judicial ( LEC art.279.2 ).

Por otra parte, al instrumento se pueden acompañar **dictámenes** que avalen o expliquen lo que se contiene en él ( LEC art.382.2 ). Esto mismo se aplica cuando lo que se aporta son instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso ( LEC art.384.1 y 2 ).

La ley no regula qué sucede cuando el **instrumento está en poder de la otra parte o de un tercero**. En este caso, no parece probable que puedan aplicarse por analogía las normas sobre prueba documental.

#### 4394 Procedimiento

Como se ha indicado, la **aportación de los instrumentos** ha de realizarse en muchas ocasiones **con anterioridad a la audiencia previa** al juicio, por lo que en esta solo se ratificará su proposición. La parte contraria puede impugnar su autenticidad, y a tal efecto pueden aportar prueba pericial ( LEC art.382.2 ).

El letrado de la Administración de Justicia es el encargado de consignar lo aportado y custodiarlo debidamente ( LEC art.383 y 384.2 ).

**En el juicio**, se deben reproducir los instrumentos presentados, o tomar nota de su contenido, y puede pedirse también la ratificación de los informes periciales aportados ( LEC art.431 ).

La ley parece dar a entender que la **impugnación de la autenticidad** del documento por la parte contraria a quien lo presentó hace recaer en la impugnante la carga de pedir dictámenes periciales que demuestren la falta de autenticidad ( LEC art.382.2 ). De ahí que no se trate la cuestión de los gastos generados al proponente como consecuencia de la impugnación, como sucedía con los documentos, puesto que este no está obligado a demostrar la autenticidad de lo aportado. Ahora bien, si el tribunal lo considera carente de autenticidad, pueden ser de su parte las costas generadas por la impugnación, aunque no hay norma expresa sobre esto.

#### 4395

##### Precisiones

El uso de estos medios no ha de incurrir en **ilicitud**:

**1)** La **filmación videográfica** proyectada en la sala que lleva a cabo el investigador privado y que en soporte material queda unido a las actuaciones, no puede entenderse que constituye un ataque ilegítimo a la inviolabilidad de domicilio, por cuanto la toma de la película por el procedimiento antes dicho, se lleva a cabo desde fuera del recinto de la finca; pero el montar un dispositivo de vigilancia permanente sobre la finca constituye un verdadero ataque al derecho fundamental a la intimidad, reconocido por Const art.18 ( AP Córdoba 25-5-02, EDJ 126215 ).

**2)** La aportación de una grabación de una **conversación telefónica** por el destinatario de la misma es lícito; sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional ( Const art.18.3 ) se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros -públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*-, ajenos a la comunicación misma. No hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica

contravención de lo dispuesto en Const art.18.3 , la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje ( AP Navarra 11-1-04, EDJ 258822 ).

**3)** Respecto de los **correos electrónicos**, se ha dicho que la obtención de esos mensajes vulnera de modo flagrante la confidencialidad de las comunicaciones que la Constitución trata de preservar, y por lo tanto, por mucho que se encuentren rastros que permitan su reconstrucción en los ordenadores que pertenecen a la actora, no pueden ser tenidos en cuenta en este procedimiento con relevancia probatoria, porque se han rescatado sin la intervención judicial a la que alude la Constitución, única excepción a ese derecho fundamental que ampara a todos, incluso a los trabajadores empleados por una empresa ( JM Bilbao núm 1 30-12-05, EDJ 284080 ).

**4396 4)** Si se impusiera un **genérico deber de secreto** a cada uno de los interlocutores se llegaría a resultados ajenos a la protección de la Const art.18.3 . Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana. Así, se viene considerando que cuando la **grabación y divulgación de la conversación** tenga lugar por quien ha participado en ella, solo se producirá la vulneración del derecho a la intimidad en función del contenido de la conversación y en la medida en que este involucre la esfera de intimidad del participante, lo que no ocurre cuando en la conversación telefónica una de las partes reconoce la existencia de una deuda que precisamente resulta el objeto del procedimiento ( AP Málaga 7-10-04, EDJ 222358 ; AP Barcelona 30-6-11, EDJ 189894 ).

**5)** Quien emplea durante su conversación telefónica un **aparato amplificador de la voz**, que permite captar aquella conversación a otras personas presentes, no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en Const art.18.1 . No es el hecho de la grabación en sí mismo considerado, sino en su caso, la difusión de lo grabado, lo que puede constituir una infracción del precepto constitucional ( AP Asturias 23-4-07, EDJ 124150 ).

**6)** De los actos que se realicen se levantará la oportuna **acta**, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas.

#### **4398 Efectos**

(LEC art.382.3 y 384.3)

La prueba por instrumentos es objeto de libre **valoración**, por lo que su fuerza de convicción depende de si se ha impugnado con éxito o no el instrumento presentado y si su contenido coincide o no con otros medios de prueba.

#### **7. Presunciones**

(LEC art.385 y 386 )

**4405** Las presunciones pueden definirse como un **razonamiento** en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado -hecho indicio-, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho -hecho presunto-, que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos.

Así, como pacíficamente se viene admitiendo, la existencia de una presunción se caracteriza por la siguiente **estructura**:

Hecho indicio + Nexo lógico = Hecho presunto

#### **4406 Hecho indicio**

El hecho indicio va a operar como el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Sobre este concepto y por si hubiese alguna duda es importante dejar apuntada una idea sobre la literalidad de la LEC en este punto. Nos referimos a la mención que se hace en LEC art.385 y 386 del «hecho indicio», mencionado en singular. No debe entenderse que esa **singularidad** forma parte de la rigidez o estructura necesaria de la presunción. Al contrario, es frecuente que la presunción, y particularmente la judicial, tenga como indicio o **«hecho base»** una pluralidad de hechos, lo que justificaba que se hablase del derogado CC art.1253 como el precepto de la prueba «por indicios».

Sobre el hecho indicio o base hay que tener presente una **limitación** que la jurisprudencia viene haciendo del mismo. Se entiende que no es admisible la **presunción basada en otra presunción** *praesumptio de praesumptionis non admittitur*. Tal criterio se sigue en determinadas resoluciones judiciales, aunque no con la constancia que cabría esperar de una doctrina pacíficamente aceptada. Sí podría admitirse que faltaría el fundamento para constituir una presunción, porque en vez de partir de un hecho admitido o probado, como hecho base, no tendríamos más que una simple suposición.

**4407** Ahora bien, atendiendo a la lectura de la LEC, no hay razón alguna que sustente dicha interpretación, y solo podría encontrarse motivos de dudas en las menciones que se contienen tanto en LEC art.385 como en LEC art.386 respecto

del hecho indicio calificado este como hecho «admitido o probado». De todos modos, una **valoración crítica** de la referida mención no haría más que deslegitimar el aforismo comentado, ya que un hecho probado por presunciones no es otra cosa que un **«hecho probado»**. Y no hay argumento para sustentar -como previsiblemente se pretende al prohibir la presunción basada en presunción- que un hecho probado solo lo es si es probado de forma directa, ya que la ley no recoge de forma alguna esa distinción.

Más fácilmente se puede entender que la prohibición de referencia forma parte de la línea jurisprudencial tendente a minimizar la **efectividad de las presunciones**, tal vez por tratarse de un recurso probatorio «incómodo», que al mismo tiempo, tiene relevancia casacional y muestra un difícil control en dicha instancia.

Siguiendo con cuestiones relativas al hecho indicio, también de la propia **conducta procesal** pueden derivarse estos -por ejemplo, en TS 10-10-83 se da por buena la relación de dependencia entre el conductor del vehículo siniestrado y la entidad codemandada, relación presumida en la sentencia que se recurre, entre otras cosas por litigar juntos la expresada sociedad demandada recurrente y el conductor habitual del vehículo-.

#### 4409 Nexo lógico

El nexo lógico es consecuencia del reconocimiento de una **máxima de experiencia**. Si esta máxima está recogida por la ley tendremos una **presunción legal**; si su formulación tiene su origen en el tribunal es una **presunción judicial**, y en este caso las máximas de experiencia responderán a reglas de la sana crítica que no están contenidas en precepto legal alguno. Ambas pertenecen al ámbito probatorio, tendiendo las presunciones legales únicamente a dar un rango normativo a una máxima de experiencia común que incluso en defecto de norma hubiera podido ser establecida por el juzgador ( TS 17-9-02, EDJ 35895 ).

En cualquier caso, tanto si estamos ante la fijación de una presunción legal o de una presunción judicial, se tratará de sujetos con autoridad para trazar conductas ajenas, ya cuando el sujeto revestido de autoridad es el legislador, ya cuando lo es el titular del órgano jurisdiccional.

#### 4410 El nexo lógico, además de ser uno de los elementos estructurales de la presunción, contiene dentro de sí el propio fundamento de la misma. Efectivamente, la doctrina científica mantiene que el fundamento de las presunciones consiste en un **juicio de probabilidad cualificada**, que coincide con el término más comúnmente usado por los tribunales de «máximas de experiencia», que es la base sobre la que se sustenta el nexo lógico de la presunción.

De todos modos, es importante subrayar que el nexo lógico es el elemento que hace de la presunción algo más que un mero acto de autoridad. En el nexo lógico y en la máxima de experiencia que en él se contiene se ampara el argumento que justifica la presunción y la alteración del objeto de la **carga de la prueba** de la que originariamente habría que partir. En este sentido, la presunción es un recurso probatorio que goza, *a priori*, de una **acreditación** que no tienen por qué tener otros sistemas de exoneración de la prueba, que pueden permitir que simples motivos circunstanciales o coyunturales alteren el equilibrio probatorio entre las partes. En cambio, la presunción va a exonerar de la prueba de un hecho, pero a cambio de la prueba de otro hecho -el hecho indicio-, que en principio será más sencilla -o simplemente será posible-, y siempre porque existe un nexo lógico que lo justifica. Solo esta circunstancia puede hacer más aconsejable al legislador acudir al mecanismo de las presunciones legales, ya que estas, al permitir su desvirtuación mediante la prueba de que, en el caso concreto, no exista el enlace abstracto previsto por la ley entre el hecho indiciario y el hecho presunto (cfr. LEC art.385.2 ), ofrecen al gravado por las mismas mayores oportunidades de éxito o cuando menos, de defensa.

#### 4411 Jurisprudencialmente, se ha avanzado en la definición de las exigencias sobre el nexo lógico, señalándose, por ejemplo, que este debe estar correctamente fundado, ya que como ha declarado el Tribunal Constitucional, se habla en este sentido, negativamente, del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba. Se considera que no existe tal prueba si no se exterioriza -razonándolo- el nexo causal, es decir, si aparece solo como una apreciación en conciencia, pero inmotivada o, mejor dicho, no explicada o no explicitada por el juzgador ( TCo 169/1986 ).

La necesidad de la **fundamentación** del nexo lógico nos lleva de la mano a la exigencia que el legislador ha querido introducir en LEC art.386.1.II , con arreglo al cual, la presunción judicial va a exigir que la sentencia en la que se aplique deba incluir el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial ha establecido la presunción.

#### Precisiones

En nuestra opinión, el requisito de que quede expuesto el razonamiento -y, por tanto, el nexo lógico- sobre el que ha articulado el juzgador su presunción, constituye una nueva garantía de las partes frente a las modificaciones que respecto de la carga de la prueba va a suponer la presunción. Más aún si se tiene en cuenta que se ha venido admitiendo -aunque muy excepcionalmente- por parte del Tribunal Supremo el **recurso de casación** cuando se cuestione el criterio o nexo lógico aplicado por el juzgador. Así, aunque la **regla general** es que lo que se ofrece al control de la casación a través del CC art.1253 es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud



de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles ( TS 7-7-03, EDJ 49244 ), esto no ha quitado para que en alguna sentencia se llegue a añadir que solo pueden eliminarse en casación aquellas deducciones que aparezcan como absurdas a todas luces y que deben mantenerse las opinables y aun las arriesgadas con tal que no luzca en ellas la arbitrariedad ( TS 12-3-87, EDJ 2007 ).

#### 4412 Hecho presunto

El hecho presunto, es el punto final de la presunción, que por ser el supuesto fáctico de una norma jurídica va a sustentar la pretensión de la parte. Debe ser un **hecho alegado**, ya que no se puede deducir otra cosa del principio de aportación y de justicia rogada, que supone que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes ( LEC art.216 ). Es importante hacer esta afirmación, porque la entrada en juego de una presunción, ya sea legal o jurisprudencial, va a suponer una nueva definición del panorama de posibilidades y cargas para las partes, sin que pueda admitirse que todos los elementos de la presunción, ni la presunción misma, sea necesariamente objeto de alegación por las partes. En cambio para el hecho presunto, sí sería exigible su invocación ya que este va a ser, en resumidas cuentas -y si la presunción lo permite-, el resultado de la actividad probatoria -el **hecho probado**-, y para que en sentencia se pueda afirmar un hecho como probado, siempre y previamente debe ser un hecho alegado.

#### 4414 Clases de presunciones

Analizado el concepto técnico-jurídico de presunción, debe decirse que este ha encontrado un fiel reflejo en la vigente LEC. Esta mención tiene su importancia, ya que son muchas las técnicas legislativas que incorporan mecanismos similares al de la presunción, en el sentido de introducir alteraciones en la definición que originariamente se podría hacer de la carga de la prueba. Sin embargo, no todos estos **mecanismos legales** se acomodan al concepto técnico de presunción. Lo mismo se podría decir de las presunciones judiciales, ya que este singular proceso lógico encuentra similitudes con otros procesos racionales llevados a cabo por los tribunales, sin que a pesar de las semejanzas pueda admitirse su calificación como «presunción».

#### 4415 Presunciones legales

(LEC art.385.1)

Las presunciones que la ley establece dispensan de la **prueba** del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

Tales presunciones solo se admiten cuando la **certeza del hecho indicio** del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

Cuando la ley establezca una **presunción salvo prueba en contrario**, esta puede dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto, como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba.

En una primera aproximación, se aprecia en esta previsión legal:

- la **estructura** propia de las presunciones a la que anteriormente se ha hecho referencia (Hecho indicio + Nexo lógico = Hecho presunto), donde el nexo lógico viene a ser la consagración legal de una máxima de experiencia;
- la introducción de una **modificación en el objeto de la prueba**, ya que este dejaría de ser el hecho presunto y pasaría a ser el hecho indicio.

#### 4416 Presunciones judiciales

(LEC art.386.1)

A partir de un **hecho admitido o probado**, el tribunal puede presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique lo anterior debe incluir el **razonamiento** en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el **litigante perjudicado** por ella siempre puede practicar la prueba en contrario a que se refiere la LEC art.386.2 .

Al respecto cabe señalar que:

1) La disposición legal hace referencia a la misma **estructura** a la que se ha hecho referencia al hablar de LEC art.385 (Hecho indicio + Nexo lógico = Hecho presunto), pero, en este caso, el nexo lógico es consecuencia del raciocinio personal del juez.

2) Igualmente, la referida estructura de presunción va a suponer una **modificación en el objeto de la prueba**, modificación que puede ser anunciada o sobrevenida, en función de que haya sido alegada por la parte a quien beneficia la presunción o no.

#### 4418 Carga de la prueba (LEC art.217)

Por otro lado, es importante reparar en la **separación** que marca la ley entre las presunciones -reguladas a continuación de los medios de prueba- y las normas sobre la carga de la prueba en relación con los requisitos internos de la sentencia. Contemplándose también las **excepciones o alteraciones** al normal reparto de la carga de la prueba.

Las normas sobre carga de la prueba, contenidas en la LEC art.217.1 a 4 , **se aplican** siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes ( LEC art.217.5 ).

Hay que tener en cuenta que esta modificación sobre las reglas de la carga de la prueba es algo distinto de la modificación del objeto de la prueba que define a la presunción. Por tanto, lo que define la LEC art.217.5 no es otra cosa que la **posibilidad legal de exoneración** de la carga de la prueba -aunque con frecuencia se habla de inversión de la carga de la prueba-, que solo en un sentido lato podría ser denominada presunción, pero que no se corresponde con el concepto técnico procesal que la LEC contiene sobre la presunción (tanto legal como judicial).

#### 4420 Clasificaciones clásicas de presunciones

Se trata de las presunciones legales y presunciones judiciales. Es reseñable que ambas figuras se regulen conjuntamente, recalcando su identidad esencial. Una se materializa en una **norma jurídica**, mientras que otra encuentra su existencia en el proceso interno de **elaboración de la sentencia por parte del juez**. Por ello, la LEC art.386.1.II exige que la sentencia en la que se aplique una presunción judicial deba incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción, como razonable garantía.

También la LEC art.385 recoge respecto de las presunciones legales la **diferenciación** entre presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*. Las primeras admiten **prueba en contrario** y las segundas no ( LEC art.385.3 ). Por tanto, en los supuestos de presunción legal hay que partir de que por defecto, esta debe entenderse que es *iuris tantum*, en las cuales, la ley tipifica cuál es la consecuencia normal y lógica que se deriva de la concurrencia de determinados hechos base, pero se permite a los litigantes articular prueba en contrario.

4421 La doctrina no considera que las **presunciones «iuris et de iure»** sean verdaderas presunciones. Por lo que respecta a la naturaleza de esta figura se ha señalado la similitud con las **ficciones legales**, hasta el punto de que sus diferencias con la misma serían poco menos que imposibles de determinar. Sobre esta impropia forma de presunción cabe señalar lo siguiente:

- Tiene **estructura** de norma sustantiva: vincula un determinado hecho (indicio) a una consecuencia jurídica.
- Tienen en común que las presunciones *iuris et de iure* incorporan un **juicio de probabilidad**.
- El hecho (indicio) o bien sustituye plenamente o bien se añade a otro supuesto de hecho (correspondiente al hecho presunto). Esto es, el hecho (indicio) viene a ser como una constrictión de una presunción pura, a la que, posteriormente, se le vincula una consecuencia jurídica.

#### Precisiones

Como **ejemplo clásico** de estas mal llamadas presunciones, puede servir el derogado CC art.108 , que establecía que se presumen hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio.

4422 Por lo que respecta a las **presunciones legales «iuris tantum»**, más que la sustitución de un supuesto de hecho por otro, lo que tiene lugar es la adición por la ley, al supuesto de hecho genuino, de otro u otros supuestos de hecho.

## IV. Reglas para la determinación del proceso

(LEC art.248 a 255 )

4430	A. Procesos declarativos	4435
	B. Reglas para determinar el proceso a seguir	4450
	C. Tratamiento procesal del proceso elegido por el demandante	4455

4431 El siguiente cuadro resume las distintas **clases de procesos civiles**:

<b>Procesos civiles singulares</b>			
<b>Procesos ordinarios</b>	Procesos declarativos	Juicio ordinario	
		Juicio verbal	
	Procesos de ejecución	Ejecución provisional	a) De sentencias de condena dictadas en primera instancia b) De sentencias de condena dictadas en segunda instancia
		Ejecución definitiva	a) De títulos judiciales, de laudos arbitrales o resoluciones de mediación b) De títulos no judiciales, ni arbitrales, ni de mediación
<b>Procesos especiales</b>	Particularidades de los juicios ordinarios	Del juicio ordinario común	a) Procesos sobre derechos honoríficos b) Procesos para tutela del derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen u otro derecho fundamental, salvo rectificación c) Procesos para impugnación de acuerdos sociales d) Procesos en materia de competencia desleal e) Procesos en materia de propiedad industrial f) Procesos en materia de propiedad intelectual g) Procesos en materia de publicidad h) Procesos en materia de condiciones generales de la contratación i) Procesos en materia de arrendamientos j) Procesos en materia de retracto k) Procesos en materia de propiedad horizontal
		Del juicio verbal	a) Procesos de desahucio b) Procesos sobre la posesión de bienes adquiridos por herencia c) Procesos para retener y recobrar la posesión d) Procesos para la suspensión de obra nueva e) Procesos para la demolición de objetos ruinosos f) Procesos para la demolición de derechos reales inscritos g) Procesos sobre alimentos h) Procesos para la rectificación de hechos inexactos y perjudiciales i) Procesos en materia de contratos sobre bienes inscritos en el Registro de venta a plazos de bienes muebles j) Procesos para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios k) Procesos para la efectividad de los derechos del CC art.160
	Especiales en sentido estricto	Procesos no dispositivos	a) Procesos sobre la capacidad de las personas b) Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad c) Procesos matrimoniales y de menores d) Procesos sobre guarda, custodia y alimentos de menores e) Procesos sobre determinados aspectos de la protección de menores y de la adopción f) Especialidades para la tutela de derechos fundamentales g) Proceso para la suspensión y disolución de partido político
		Procesos de división judicial del patrimonio	a) División de patrimonios hereditarios b) Liquidación del régimen económico matrimonial
		Procesos sobre créditos privilegiados	a) Proceso monitorio general b) Proceso monitorio de la Ley de Propiedad Horizontal c) Juicio cambiario d) Provisión de fondos y pagos de cuentas y minutas de abogados y procuradores e) Procesos hipotecarios
	<b>Procesos civiles universales</b>		
<b>Procesos sucesorios</b>	Declaración de herederos <i>ab intestato</i>		
	División de herencia		
<b>Procesos concursales</b>	Proceso concursal ordinario		
	Proceso concursal abreviado		

## A. Procesos declarativos

4435	1. Proceso ordinario	4440
	2. Juicio verbal	4445

4436 Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la ley otra **tramitación**, se ventila y decide en el proceso declarativo que corresponda ( LEC art.248 ). Los procesos declarativos son:

- el juicio ordinario; y
- el juicio verbal.

Tales procesos se califican de **ordinarios**, porque sirven para tramitar las pretensiones que no necesitan de una tutela más específica, mientras que existen otras pretensiones que han de obtener la tutela judicial efectiva por medio de procesos **especiales y sumarios**. Son aquellos en los que concurre alguna singularidad, por razones jurídico-procesales o por razones jurídico-materiales. En algunos casos, más que de procesos especiales, debe hablarse de especialidades procesales. La especialidad puede ser:

- Por **razones jurídico procesales**, son **procedimientos especiales** aquellos en los que es la función que el proceso cumple, no su materia, lo que determina la especialidad. Esta función o finalidad puede consistir en: - la facilitación del proceso (auxilio jurisdiccional, reconstrucción de autos, procedimiento de los incidentes o diligencias preliminares); - la impugnación de otro procedimiento -recursos ( LEC art.448 s. -); - la depuración de cualquier defecto o presupuesto procesal -recusación, declinatoria de competencia o de jurisdicción, incidente de nulidad de actuaciones ( LEC art.228 -); o - el aseguramiento de los efectos del proceso (medidas cautelares; aunque estas se regulen dentro del Libro III de la LEC).
- Por **razones jurídico materiales**, son procesos especiales aquellos en los que es la materia lo determinante.

4437 La LEC optó por reducir al mínimo los procesos especiales (LEC Libro IV), de manera que todas aquellas pretensiones de parte que no se encuentren entre las incluidas en dicho Libro, han de tramitarse a través de los dos tipos de juicios citados por LEC art.248 , es decir, el ordinario y el verbal.

Por tanto, la LEC establece los siguientes **procesos especiales imprescindibles**:

**a)** En primer lugar, los que, con inequívocas e indiscutibles particularidades, han de servir de cauce a los litigios en asuntos de **capacidad, filiación y matrimoniales**.

**b)** En segundo lugar, los procesos de **división judicial de patrimonios**, rúbrica bajo la que se regulan la división judicial de la herencia y el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, que permiten solventar cuestiones de esa índole que no se hayan querido o podido resolver sin contienda judicial.

**c)** Y, por último, el **juicio monitorio** y el **proceso cambiario**.

### 1. Proceso ordinario

(LEC art.249)

4440 A la hora de establecer el criterio general para la determinación del **ámbito objetivo** del juicio ordinario, la LEC se mueve entre dos criterios, el de la cuantía y el de la materia, aunque se privilegia de manera clara el criterio de la **materia** sobre el genérico de la cuantía, pues las normas de determinación de la cuantía solo se aplican en defecto de norma por razón de la materia ( LEC art.248.3 ). Complementando lo anterior, se establece la relación de todas aquellas pretensiones que se deciden en el juicio ordinario cualquiera que sea su **cuantía** ( LEC art.249 ).

Por tanto, se ventilan por el juicio ordinario:

- todas las demandas relativas a las **materias** contenidas en LEC art.249.1 ;
- las demandas para las que la ley prevea expresamente este procedimiento tengan la cuantía que tengan; y finalmente,
- las demandas cuya **cuantía supere los 6.000 euros**, sean de interés económico incalculable o de imposible cálculo, con las reglas legales previstas en LEC art.251 s.

4441 Concretando, a través del juicio ordinario se tramitan, en todo caso, las siguientes **pretensiones**:

1. Las demandas relativas a **derechos honoríficos** de la persona.
2. Las que pretendan la tutela del **derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen**, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro **derecho fundamental**, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, es siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tiene carácter preferente.

3. Las demandas sobre **impugnación de acuerdos sociales** adoptados por juntas o asambleas generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles.

4. Las demandas en materia de **competencia desleal, defensa de la competencia**, en aplicación del Tratado CE art.81 y 82 y de la LDC art.1 y 2 , **propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad**, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. No obstante, hay que estar a lo dispuesto en LEC art.250.1.12 cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad.

Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a **condiciones generales de contratación** en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en LEC art.250.1.12 .

Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a **arrendamientos** urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia.

Las que ejerciten una **acción de retracto** de cualquier tipo.

Cuando se ejerciten las acciones que otorga a las **juntas de propietarios** y a estos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

## 2. Juicio verbal

(LEC art.250 redacc L 5/2018)

4445 Es el adecuado para tramitar las demandas de cuantía **no superior a 6.000 euros**, siempre que por la **materia** no sea adecuado el juicio ordinario.

Concretamente, se ventilan a través del juicio verbal, en todo caso, las siguientes **pretensiones**:

1. Las que versen sobre **reclamación de cantidades** por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la **posesión** de dicha finca.

2. Las que pretendan la **recuperación de la plena posesión** de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

3. Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiera adquirido por **herencia** si no estuvieran siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

4. Las que pretendan la **tutela sumaria de la tenencia o de la posesión** de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Pueden pedir la **inmediata recuperación** de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

5. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la **suspensión de una obra nueva**.

6. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la **demolición** o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.

7. Las que, instadas por los titulares de **derechos reales inscritos** en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

4446 8. Las que soliciten **alimentos** debidos por disposición legal o por otro título.

9. Las que supongan el ejercicio de la **acción de rectificación** de hechos inexactos y perjudiciales.

10. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de **venta a plazos de bienes muebles** y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos.

11. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de **arrendamiento financiero**, de **arrendamiento de bienes muebles**, o de un contrato de **venta a plazos con reserva**

**de dominio**, siempre que estén inscritos en el Registro de venta a plazos de bienes muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, al arrendador o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de este, en su caso.

12. Las que supongan el ejercicio de la **acción de cesación** en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

13. Las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el CC art.160 -relaciones familiares con **menores de edad**-. En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en LEC art.748 a 755 .

## B. Reglas para determinar el proceso a seguir

4450 Las reglas a tener en cuenta son las siguientes:

1. Si existe un **título de ejecución** debe acudir a un proceso de este tipo y, en caso de no existir, debe acudir a los juicios declarativos.

2. Tienen preferencia de los **juicios universales** sobre los singulares ( LEC art.98 ).

3. Tienen preferencia de los **procesos especiales** sobre los ordinarios ( LEC art.248.1 ).

Por tanto, la determinación del proceso a seguir se lleva a cabo combinando criterios relativos a la materia y a la cuantía. La **materia** no solo se considera factor predominante respecto de la cuantía, sino elemento de muy superior relevancia, como consecuencia de la preocupación por la efectividad de la tutela judicial. Dicha efectividad reclama que por razón de la materia, con independencia de la evaluación dineraria del interés del asunto, se solventa con más rapidez gran número de casos y cuestiones.

En **resumen**, las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía solo se aplican en defecto de norma por razón de la materia.

Por tanto, la **cuantía de la pretensión** es el criterio general elegido por LEC para determinar el proceso adecuado, correspondiendo al actor fijar la misma con precisión, estableciéndose una serie de reglas para determinar el valor del objeto y para el caso de acumulación de pretensiones ( LEC art.251 y 252 ).

La cuantía del proceso determina también si el asunto puede tener **acceso a apelación y/o casación**.

## C. Tratamiento procesal del proceso elegido por el demandante

4455	1. De oficio	4460
	2. A instancia de parte	4465

### 1. De oficio

(LEC art.254)

4460 El actor ha de expresar justificadamente y con claridad y precisión, la cuantía de la demanda en su **escrito inicial**. No obstante, puede indicarla en forma relativa si justifica que el interés económico del litigio iguala, al menos, la **cuantía** mínima correspondiente al juicio ordinario, o que no rebasa la máxima del juicio verbal. En ningún caso puede limitarse a indicar la clase del juicio a seguir ( LEC art.253 ).

No obstante, si a la vista de las alegaciones de la demanda el letrado de la Administración de Justicia advierte que el **juicio elegido por el actor no corresponde** al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda. Contra esta diligencia cabe recurso directo de revisión ante el tribunal, que no produce efectos suspensivos ( LEC art.254 ).

Si, en contra de lo señalado por el actor, el letrado de la Administración de Justicia considera que la demanda es de **cuantía inestimable o no determinable**, ni aun en forma relativa, y que, por tanto, no procede seguir los cauces del juicio verbal, deberá, mediante diligencia, dar de oficio al asunto la tramitación del juicio ordinario, siempre que conste la designación de procurador y la firma de abogado.

Cuando el **actor no puede determinar la cuantía** ni siquiera en forma relativa, esta se sustancia conforme a los cauces del juicio ordinario. En todo caso, al juicio se le da inicialmente la tramitación que ha indicado el actor en su demanda, sin perjuicio de la potestad de controlar de oficio la clase de juicio por razón de la cuantía expuesta, y de la posibilidad que tiene el demandado de impugnar la cuantía de la demanda, aunque limitada esta a los casos de que, de haberse determinado correctamente, el procedimiento a seguir sería otro o resultaría procedente el recurso

de casación. El momento procesal para hacer valer esta pretensión por parte del demandado es el de la contestación a la demanda -en el juicio ordinario- o en la vista -en el juicio verbal-. La resolución judicial a esta controversia se adopta en la audiencia previa al juicio, en el primer caso y en el propio acto de la vista en el segundo.

- 4461 En ningún caso puede el tribunal inadmitir la demanda, porque entienda **inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía**. Pero si la demanda se limitara a indicar sin más la clase de juicio que corresponde, o si, tras apreciarse de oficio por el secretario que la cuantía fijada es incorrecta, no existieran en aquella elementos suficientes para calcularla correctamente, no se dará curso a los autos hasta que el actor no subsane el defecto de que se trate. El plazo para la **subsanción** será de 10 días, pasados los cuales el tribunal resolverá lo que proceda.

#### Precisiones

En la LEC vigente la resolución sobre inadecuación de procedimiento no conlleva el sobreseimiento y archivo del proceso, sino la **reconducción** del mismo al procedimiento que se juzga el adecuado, manteniendo la validez de las actuaciones ya practicadas en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de este último. Así se establece cuando la excepción se aprecia en el seno del **juicio ordinario**, y en el momento procesal correspondiente, que es la audiencia previa, en cuyo caso la LEC art.422 y 423 disponen que se ha de citar a las partes para la vista del juicio verbal, lo que supone que no se pone fin al procedimiento, sino que se reconduce a los trámites del juicio que corresponda, bien por razón de la cuantía ( LEC art.422 ), bien por razón de la materia ( LEC art.423 ). En este caso, la resolución no es definitiva en la medida en que no pone fin a la primera instancia ( LEC art.207.1 ), sin que quepa formular contra la misma recurso de apelación.

Cuando la inadecuación de procedimiento se aprecia en el seno del **juicio verbal**, la regulación procesal de este juicio no contiene las mismas previsiones que la LEC art.422 y 423 para el juicio ordinario, ni tampoco la LEC art.255.3 , que se limita a decir que el demandado puede impugnar la cuantía o la clase de juicio en la vista, y el tribunal la ha de resolver en el acto, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia al actor. Sin embargo, teniendo en cuenta que lo que se pretende es que el procedimiento no termine de esta forma, sino que se reconduzca o se convierta en el juicio adecuado, y que esa es la solución que impera cuando el tribunal aprecia de oficio la inadecuación por razón de la materia o de la cuantía al admitir a trámite la demanda ( LEC art.254 ), debe concluirse que tampoco en el juicio verbal el procedimiento finaliza al apreciarse la inadecuación en el acto de la vista, sino que el procedimiento continúa por los trámites del ordinario, siempre que la demanda reúna los requisitos de postulación y defensa propios de este procedimiento, y aunque la demanda adolezca de alguno de los defectos que permiten su subsanción en el plazo de 10 días conforme a la LEC art.254 .

Todo ello, salvo que la parte actora desista del procedimiento para formular una **nueva demanda**, lo que puede hacer, toda vez que todavía no se ha dado traslado al demandado para que la conteste ( AP Burgos auto 30-9-02, EDJ 55181 ).

#### 2. A instancia de parte

(LEC art.255)

- 4465 El **demandado** puede impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación.

En el **juicio ordinario** se impugna la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda y la cuestión se resuelve en la audiencia previa al juicio.

En el **juicio verbal**, el demandado impugna la cuantía o la clase de juicio por razón de la cuantía en la contestación a la demanda, y el tribunal resolverá la cuestión en la vista, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor.

## V. Medidas cautelares

(LEC art.721 a 747 )

4470	A. Presupuestos	4485
	B. Medidas cautelares genéricas	4495
	C. Medidas cautelares específicas	4500
	D. Procedimiento	4510

- 4471 Se configuran con carácter **instrumental, accesorio y provisional** respecto de la sentencia que otorga una determinada tutela, pero sobre todo se conciben como un **aseguramiento** de la efectividad de la sentencia ( LEC art.721.1º ).

## Precisiones

El Tribunal Constitucional ha considerado las medidas cautelares como parte integrante del derecho a la **tutela judicial efectiva**, declarando que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede -contra lo dispuesto en Const art.24.1 - desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento. Expone el Tribunal Constitucional que la Const art.24.1 no hace referencia alguna a las medidas cautelares, pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, «efectiva», y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. Por ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso ( TCo 14/1992 ; 238/1992 ).

4472 Solo pueden acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, pueden producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, **situaciones que impidan o dificulten la efectividad** de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria ( LEC art.728 ).

Ahora bien, **no se acordarán** medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que este justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

## Precisiones

El carácter instrumental, provisorio y urgente de las cautelas y el riesgo que estas generan, abogan por una **interpretación restrictiva** de las mismas, ya que implican un grado de agresión al derecho del demandado ( AP Girona 29-11-01, EDJ 65579 ).

4474 **Características**  
(LEC art.726)

Las medidas cautelares, en sentido estricto, responden a las siguientes características generales:

1. El tribunal puede acordar como medida cautelar, respecto de los **bienes y derechos del demandado**, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

a) Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

b) No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal puede acordar como tales las que consistan en **órdenes y prohibiciones de contenido similar** a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

4475 En resumen:

- **Instrumentalidad**, en cuanto son instrumento del proceso principal declarativo o de ejecución al que están subordinadas.

## Precisiones

La instrumentalidad de las medidas cautelares es uno de los elementos que determinan la necesidad de que sean restrictivamente interpretadas, guardando una relación directa con el principio de **proporcionalidad** y mínima restricción de la tutela cautelar ( AP A Coruña 11-5-06, EDJ 66050 ).

4476 • **Proporcionalidad y menor onerosidad**, en cuanto que debe optarse por la medida eficaz menos gravosa o perjudicial para el demandado.



## Precisiones

Se debe adoptar, siempre, la medida que resultando eficaz para conseguir el fin propuesto afecte en menor medida a los perjudicados por la cautela; de ahí que la LEC art.726.1.2ª identifique la medida proporcional con aquella que no sea susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz, pero **menos gravosa o perjudicial** para la contraparte ( AP Madrid auto 29-10-09, EDJ 319348 ).

- 4477
- **Temporalidad**, consecuencia de su carácter instrumental del proceso principal, pues nacen para extinguirse.
  - **Provisionalidad**, porque se mantienen en tanto en cuanto cumplen su función de aseguramiento, de forma que desaparecen cuando con el proceso principal se haya logrado una situación que hace inútil su mantenimiento. Conforme a la regulación de las medidas cautelares que se contiene en la LEC art.721 s ., la resolución que se dicte acordando o denegando la adopción de medidas cautelares tiene un carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, conforme a lo previsto en dicha ley, y contiene un juicio provisional e indiciario sobre el fundamento de la pretensión contenida en la demanda, que no prejuzga ni condiciona la sentencia que en su día pueda dictarse sobre el fondo del litigio ( TS 22-4-16, EDJ 44814 ).
  - **Variabilidad**, en cuanto que permiten su modificación cuando se alteren las circunstancias o motivos que se tuvieron en cuenta para adoptarse.

## Precisiones

Toda medida de aseguramiento debe adaptarse permanentemente a las **sucesivas circunstancias** por las que atraviesa el proceso, por ello, aun cuando un auto de medidas cautelares sea firme y, por lo tanto, ejecutorio, no lo es menos que por su propia naturaleza puede ser revisado en cualquier momento si las circunstancias cambian ( TCo auto 187/1996 ; TCo 14/2000 ).

- 4478
- **Indeterminación**, pues no se trata de medidas tasadas. Este régimen abierto es compatible con el hecho de que se ofrezca un **catálogo de medidas específicas** con carácter puramente **ejemplificativo** ( LEC art.727 ), que, en modo alguno se puede entender como limitativo de las medidas a adoptar ( AP La Rioja auto 5-6-09, EDJ 137618 ).

## Precisiones

1) Los tribunales vienen pronunciándose de forma unánime en el sentido de que la LEC permite adoptar como medida cautelar **cualquiera** que se estime **necesaria** para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayera en el juicio. Esta fórmula convierte en *numerus apertus* las previsiones sobre medidas cautelares ( AP La Rioja auto 5-6-09, EDJ 137618 , con cita de precedentes anteriores).

2) Solo en este sentido se puede interpretar el inciso final de la LEC art.727 ( AP Ciudad Real auto 16-2-03, Rec 130/03 ). Al amparo de esta doctrina se vienen adoptando todo tipo de **medidas cautelares atípicas**, desde la prohibición de disponer de los bienes litigiosos hasta el cese del uso de un nombre de dominio en Internet ( JPI Oviedo auto 2-6-99 ), pasando por la prohibición de hablar de determinadas personas en un programa de televisión o por la autorización para que un enfermo psiquiátrico pueda vivir en una pensión a cargo de los servicios sociales hasta que pueda ser internado en un centro especializado ( AP Valladolid auto 15-6-05, EDJ 95959 ). El catálogo es poco menos que infinito y queda abierto al ingenio de los letrados postulantes y a la apertura de **criterio de los jueces**. En definitiva, la existencia de un *numerus apertus* es fiel reflejo del fértil encauzamiento de la imaginación judicial hacia la mejor **defensa del patrimonio del deudor** en cada supuesto concreto ( AP Baleares auto 10-4-07, EDJ 166934 ).

- 4479
- **Homogeneidad**. La homogeneidad de las medidas cautelares se ha de entender en un doble sentido: - no se puede confundir con la **identidad** entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso, pues si esa homogeneidad fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya tutela se pide se concluiría en la ejecución adelantada del derecho, por lo que, en tal caso, la medida dejaría de ser cautelar y se convertiría en una auténtica medida ejecutiva, es decir, se obtendría una ejecución adelantada o sin título suficiente para la misma ( AP Guadalajara 7-2-07, EDJ 33917 ); - no se pueden pedir cautelas que supongan un efecto que no se puede alcanzar por medio de la **estimación de las pretensiones** del demandante ( JM Madrid auto 6-6-06, EDJ 82092 ; TCo 39/1995 ; AP Almería auto 9-5-05, EDJ 153332 , que señala que siendo uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el que anticipan en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final).

## A. Presupuestos

4485 La adopción por un juez o tribunal de una medida cautelar se encuentra condicionada al cumplimiento de los tres **requisitos** clásicos establecidos en la LEC art.728 :

- a) La existencia de un **riesgo derivado del retraso** en la adopción de la medida (*periculum in mora*).
- b) La **apariencia** de buen derecho (*fumus boni iuris*).
- c) La prestación de **fianza** o caución.

### Precisiones

Son **presupuestos necesarios** para la adopción de una medida cautelar ( AP Madrid 14-1-13, EDJ 14022 ; 20-5-05, EDJ 141277 ):

- a) Una situación jurídica tutelable.
- b) La manifestación del derecho ejercitado como verosímil, esto es, que el examen de la documentación aportada se ofrezca como cierto y existente (*fumus boni iuris*).
- c) El peligro de un daño inmediato o irreparable determinado por el retraso en recibir la prestación, por el permanente desconocimiento de la obligación de hacer o no hacer, o el riesgo de que la ejecución sea difícil o imposible cuando proceda (*periculum in mora*).
- d) La temporalidad de la medida solicitada.
- e) La correlación y adecuación de la medida con las consecuencias que naturalmente han de derivarse de la resolución final.
- f) La prestación de la fianza que el juez señale, cuando la ley así lo exija, en la cuantía que, atendida la solvencia del solicitante, naturaleza de la medida cautelar adoptada, eventuales perjuicios que pudieran irrogarse al demandado y demás circunstancias concurrentes, repute procedente.

4486 **Riesgo derivado del retraso**

El primero y más importante requisito para que una medida cautelar sea acordada es que exista un **riesgo real** de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, se puedan producir situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse (*periculum in mora*).

El *periculum in mora* ni se presume ni se sobreentiende, sino que debe quedar acreditado en el procedimiento. En este sentido, no obstante, el juez goza de absoluta **libertad** para apreciar en el caso concreto la concurrencia de esta circunstancia y conceder o denegar la medida solicitada. La LEC no establece un catálogo predeterminado ni una limitación legal de las situaciones de peligro respecto a las que cabe presumir *ex lege* la existencia del peligro de la mora procesal, por este motivo, el juez o tribunal debe atender en cada caso a las **circunstancias concretas** para resolver sobre la concurrencia del mismo.

La LEC art.728 establece una **presunción de improcedencia** de medidas cautelares que vengán a alterar una situación consentida largo tiempo por el actor.

### Precisiones

El **requisito** más importante para que una medida cautelar sea adoptada, es que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución *periculum in mora*, ( TCo 148/1993 ), y este no se presume ni se sobreentiende, es obligación de quien pide la medida cautelar afirmar y probar la existencia del mismo. Por otra parte, quien solicita la medida cautelar debe aportar una **justificación inicial** de su derecho *fumus boni iuris*, ordinariamente; presentando un principio de prueba por escrito, (también se puede ofrecer «por otros medios») que funde una apariencia de derecho a su favor, debiéndose tener en cuenta que al juzgar sobre la probabilidad que el actor tenga derecho a lo que pide para acordar o denegar una medida cautelar es quizá humanamente imposible sin «prejuizar» la decisión sobre el fondo, si bien el único mecanismo correcto es la prudencia judicial, para decidir sobre la existencia o intensidad del «buen aspecto inicial» del derecho del actor ( AP Barcelona 9-5-07, EDJ 119939 ; AP Madrid 14-1-13, EDJ 14022 ).

4487 **Apariencia de buen derecho**

En segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de **probabilidades** quepa prever que la resolución (*fumus boni iuris*).

En la práctica, la apreciación de este requisito es extremadamente delicada. La apreciación de la medida cautelar puede adelantar el resultado del litigio y puede ser especialmente determinante en los casos en los que la medida

cautelar equivalga a una tutela sumaria de los intereses planteados en el proceso. Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un **principio de prueba**, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal.

#### 4488 Prestación de fianza o caución

Como regla general, quien obtiene a su favor una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pueda causarle al demandado si se demuestra que la medida carecía de fundamento y es posteriormente revocada. Su prestación **previa y efectiva** es requisito ineludible de cualquier acto de ejecución de las medidas cautelares ya acordadas.

La adecuada **ponderación del importe** de la fianza que debe prestar el actor es uno de los elementos que con mayor eficacia contribuye a equilibrar la posición de las partes.

Corresponde al juez decidir la **idoneidad y cuantía** de la fianza, valorando la concurrencia de los dos criterios mencionados en LEC art.728.3.II :

- la naturaleza y contenido de la pretensión -cuanto mayor sea la similitud entre la medida cautelar que se pretende con la ejecución de la sentencia condenatoria que hipotéticamente se dicte, mayor será la caución-; y
- la intensidad del *fumus boni iuris*.

4489 En los procedimientos en los que se ejercite una **acción de cesación** en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal puede dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

Frente a la fianza exigida al demandante, la LEC también prevé la posibilidad de que el demandado evite la adopción de medidas cautelares mediante la proposición de una **caución sustitutoria** que responda del perjuicio alegado por el demandante en la solicitud de las medidas cautelares ( LEC art.746 y 747 ).

### B. Medidas cautelares genéricas

4495 El tribunal puede acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes **características** ( LEC art.726 ):

1. Ser exclusivamente conducente a hacer posible la **efectividad de la tutela judicial** que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.
2. No ser susceptible de **sustitución** por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal puede acordar como tales las que consistan en **órdenes y prohibiciones** de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

#### Precisiones

La LEC establece un **elenco abierto** de medidas cautelares, no hallándose las mismas limitadas en número. Toda medida que sirva adecuadamente al fin de aseguramiento de los resultados del proceso que le es propio podrá ser solicitada y adoptada -la ausencia de taxatividad es una de las diferencias entre las medidas cautelares y las diligencias preliminares reguladas en LEC art.256 - ( AP Valencia 3-6-10, EDJ 168147 ).

### C. Medidas cautelares específicas

(LEC art.727)

4500 Son las siguientes:

1. El **embargo preventivo de bienes**, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

En el embargo preventivo, puede interponerse **tercería de dominio**, pero no se admitirá la tercería de mejor derecho, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero ( LEC art.729 ). La **competencia** para conocer de las tercerías corresponde al tribunal que acordó el embargo preventivo.

Fuera de los casos anteriores, también procede el embargo preventivo si resulta medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

#### Precisiones

Esta medida cautelar procede para asegurar la ejecución de sentencias de **condena a la entrega de cantidades** de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles, computables en metálico por aplicación de precios ciertos. Fuera de esos casos, también es procedente el embargo preventivo si resulta medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado, siempre que la acción principal tenga por objeto los bienes cuyo embargo preventivo se solicita. Esta medida se aplica, en particular, con objeto de hacer valer el CC art.1843 para la **relevación de la fianza** ( AP Barcelona auto 15-4-10, EDJ 125080 ).

- 4501 **2. La intervención o administración judicial de bienes productivos**, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de esta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiera recaer.

#### Precisiones

Hay que tener en cuenta que intervención y administración son conceptos netamente diferenciados, implicando el primero la **mera supervisión** de las facultades administradoras del demandado y el segundo la **privación** de estas, que quedan encomendadas a un tercero. La administración es una medida más onerosa que, por lo tanto, solo procede en casos en los que la intervención no se considera suficiente para asegurar los efectos del proceso de acuerdo con el principio de mínima intervención -de **menor onerosidad**- que como manifestación del principio de proporcionalidad disciplina la adopción de cautelas procesales ( AP Tarragona auto 16-9-02, Rec 193 ).

- 4502 **3. El depósito de cosa mueble**, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.
- 4. La formación de inventarios de bienes**, en las condiciones que el tribunal disponga.

#### Precisiones

Esta medida procede siempre que la parte solicitante acredite que puede ser preciso y esencial para la efectividad de la tutela judicial pretendida el tener constancia de qué bienes de los **objeto de reclamación** se encuentran en el momento presente en poder del demandado, lo cual también le daría conocimiento, sobre el punto, de cuáles han sido enajenados. Se ha afirmado la **compatibilidad** de esta medida con la de **prohibición de acto dispositivo**, rectificando el criterio del juzgador de instancia. No procede cuando la intención del demandante excede la finalidad de aseguramiento que es propia de las medidas cautelares ( AP Tarragona auto 16-9-02, Rec 193 ; AP Madrid auto 27-9-04, EDJ 166121 ).

- 4503 **5. La anotación preventiva de demanda**, cuando esta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en registros públicos.

#### Precisiones

Precisando en su naturaleza y significado, hay que tener en cuenta que esta medida supone la práctica de un asiento registral -la anotación preventiva- de **menor solemnidad que la inscripción** cuyos caracteres más sobresalientes son la transitoriedad y la pendencia, y que tiene por **objeto** advertir de la posibilidad de que la inscripción que declara el derecho real a favor del demandado sea inexacta o esté en camino de serlo, por corresponder la titularidad al demandante que anota su eventual derecho ( AP Barcelona auto 1-6-05, EDJ 104514 ).

- 4504 **6. Otras anotaciones registrales**, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución. Este precepto ha sido interpretado por los tribunales en el sentido de que la referencia a otras anotaciones incluye la práctica de cualesquiera **asientos registrales preventivos** que estén previstos en las normas aplicables -por ejemplo, anotación de la doble inmatriculación prevista en el RH art.313 ( AP Almería auto 14-6-05, EDJ 231473 ), o anotación de prohibición de disponer ( AP Sta. Cruz de Tenerife 24-1-05, Rec 52/04 )-. Al amparo de esta norma también se puede instar la práctica de **anotaciones preventivas de embargo**, siempre que permitan asegurar la ejecución solicitada en el litigio principal.

- 7. La orden judicial de:**

- cesar provisionalmente en una actividad;
- abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o
- la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

**8. La intervención y depósito de ingresos** obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

#### Precisiones

Es una medida habitual en litigios en materia de **propiedad intelectual o industrial**, y su esencia radica en privar al demandado de los beneficios obtenidos como consecuencia de la actividad ilícita. Suele solicitarse junto con las medidas de **depósito de obras y ejemplares** que se comentan a continuación ( AP Madrid auto 31-3-04, EDJ 120560 ).

**4505 9. El depósito temporal de ejemplares** de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

**10. La suspensión de acuerdos sociales impugnados**, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1% o el 5% del capital social, según que la sociedad demandada hubiera o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieran admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

#### Precisiones

Lo anterior permite entender que la Ley se refiere exclusivamente a **sociedades de capital** como entidades cuyos acuerdos puedan ser suspendidos cautelarmente; sin embargo, los tribunales han llevado a cabo una interpretación laxa de este precepto, basada en el principio general de libertad en la adopción de cautelas, con base en la cual han suspendido acuerdos adoptados por **clubes deportivos** ( AP Barcelona auto 1-6-06, EDJ 339113 ), **cooperativas** ( AP Madrid auto 30-9-05, EDJ 186858 ) e incluso **comunidades de propietarios** ( AP Madrid auto 29-1-07, EDJ 50790 ).

**4506 11. Aquellas otras medidas** que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria recaída en el juicio.

Cabe mencionar, entre otras:

- En materia de **patentes** ( L 11/1986 art.134 ): - **cesación** de los actos que violen el derecho del peticionario o su **prohibición**, cuando existan indicios racionales para suponer la inminencia de dichos actos; - **retención y depósito** de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado; - **afianzamiento** de la eventual indemnización de daños y perjuicios; y - práctica de las **anotaciones registrales** que procedan.
- En materia de **diseño industrial** ( L 20/2003 disp.adic.1ª ): se aplica lo dispuesto en materia de patentes.
- En materia de **propiedad intelectual** ( RDL 1/1996 art.141 ): - la **intervención** y el **depósito** de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la **consignación** o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración; - la **suspensión** de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la **prohibición** de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica; - el **secuestro** de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública; - el secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en RDLeg 1/1996 art.102.c) y 160.2 , y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en RDLeg 1/1996 art.162.2 ; - el **embargo** de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el RDLeg 1/1996 art.25 , que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios; y - la **suspensión** de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la L 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.
- En materia de **servicios de la sociedad de la información** y comercio electrónico se contempla la posibilidad de adoptar cautelarmente medidas como la **suspensión** de servicios de intermediación utilizados para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados ( L 34/2002 art.11 ).

## D. Procedimiento

(LEC art.730 a 738 )

### 4510 Competencia

(LEC art.723)

Es tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en **primera instancia** o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.

Para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la **segunda instancia** o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, es competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.

### 4511 Supuestos especiales

(LEC art.724)

Cuando las medidas cautelares se soliciten estando **pendiente un proceso arbitral** o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un **tribunal extranjero**, salvo lo que prevean los Tratados.

### 4512 Examen de oficio

(LEC art.725)

Cuando las medidas cautelares se soliciten **con anterioridad a la demanda**, no se admitirá declinatoria fundada en falta de **competencia territorial**, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considera que carece de **jurisdicción** o de **competencia objetiva**, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. Lo mismo se acordará cuando la **competencia territorial** del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal. No obstante, cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal.

En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el tribunal se considera **territorialmente incompetente**, puede, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.

### 4514 Tramitación

Las medidas cautelares en la jurisdicción civil se deben solicitar, como regla básica, junto con la **demanda principal**, aunque en determinados casos se admiten **excepciones**.

Así, es posible solicitar medidas cautelares **con anterioridad** a la presentación de la demanda, cuando se acrediten razones de urgencia o necesidad que así lo justifiquen ( LEC art.730.2 ). Ha de tenerse en cuenta que, en este caso, la LEC concede al demandante de la protección cautelar un plazo de 20 días para presentar la demanda. De no hacerse así, el tribunal, de oficio, revocará los actos realizados, condenará al solicitante a las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto afectado por las medidas.

Del mismo modo, se pueden pedir medidas cautelares **con posterioridad** a la presentación de la demanda o **pendiente recurso**, en los casos en los que la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

### 4515 Solicitud

La solicitud de medidas cautelares se formulará con **claridad y precisión**, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción y acompañando a la solicitud los documentos que la apoyen, u ofreciendo la práctica de otros medios para acreditar los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.

Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la **prohibición o cesación de actividades ilícitas**, también puede proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

Para el actor precluye la **posibilidad de proponer prueba** con la solicitud de las medidas cautelares y en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir y con justificación del importe que se propone.

#### 4516 Vista

(LEC art.734)

Como regla general, el tribunal decidirá sobre la petición de medidas cautelares previa **audiencia del demandado**, materializada en una vista que se tramita como un juicio verbal.

En la vista, actor y demandado pueden exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si son pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique **reconocimiento judicial**, que, si se considera pertinente y no puede practicarse en el acto de la vista. Se llevará a cabo en el plazo de cinco días.

Asimismo, se pueden formular **alegaciones** relativas al tipo y cuantía de la caución. Y quien deba sufrir la medida cautelar puede pedir al tribunal que, en **sustitución** de esta, acuerde aceptar caución sustitutoria, conforme a lo previsto en LEC.

4517 Contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabe **recurso** alguno, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieran producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares.

Ahora bien, no obstante lo expuesto, la LEC contempla también la posibilidad de que el solicitante pida y el juez decreta la **adopción de medidas «inaudita altera parte»**, es decir, sin que se notifique la petición de medidas cautelares al demandado, debiendo acreditar que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar ( LEC art.733 ). La **oposición** a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado se regulan en LEC art.739 a 742 .

#### 4518 Resolución

Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de 5 días, decide mediante **auto** sobre la solicitud de medidas cautelares.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares cabe **recurso** de apelación, sin efectos suspensivos.

Contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar solo cabe recurso de apelación, al que se dará una tramitación preferente. Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor puede reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición ( LEC art.736 ).

#### 4519 Vigencia y alzamiento de medidas

No existe ningún **límite temporal** para la vigencia de las medidas cautelares adoptadas por un juez. El **presupuesto** básico para el alzamiento de las medidas cautelares es, obviamente, la terminación del procedimiento, especialmente ante el pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante.

Junto a este supuesto, la LEC dispone que, una vez adoptadas, las medidas cautelares deben alzarse en cuatro **supuestos**:

- existencia de una sentencia condenatoria -o auto equivalente-, una vez transcurrido el plazo de 20 días establecido por la LEC sin haber solicitado ejecución;
- suspensión del proceso por más de 6 meses;
- concesión de la ejecución provisional;
- renuncia o desistimiento del actor.

### | SECCIÓN 2

## Proceso ordinario

4550	I.	Demanda	4555
	II.	Examen de la demanda	4655
	III.	Emplazamiento del demandado y plazo para contestación	4675
	IV.	Conductas del demandado ante la demanda	4680
	V.	Audiencia previa al juicio	4760
	VI.	Celebración del juicio	4860

VII. Terminación	4880
VIII. Efectos económicos del proceso	4920
IX. Cuestiones incidentales	4970

## I. Demanda

4555	A. Requisitos	4560
	B. Contenido	4585
	C. Documentos	4625
	D. Efectos: litispendencia	4635
	E. Preclusión de alegaciones	4645
	F. Actos de comunicación: traslado de copias	4650

4556 El juicio ordinario comienza con el acto de la **interposición** de la demanda, que debe ajustarse a lo previsto en LEC art.399 . Este contenido es de gran importancia, porque sirve para:

- expresar la **pretensión**; y
- medir si la demanda cumple con los **presupuestos y requisitos legales** en el trámite de admisión.

Esencialmente, hay que identificar los siguientes **elementos**:

- el órgano judicial al que se dirige la demanda;
- las partes demandante y demandada;
- la clase de juicio que se sigue, y, en su caso, la cuantía;
- los hechos y fundamentos de derecho; y
- la petición -de donde saldrá la definición de la pretensión con su causa de pedir-.

El proceso civil está regido por el **principio de rogación** de la justicia -en el marco de los principios de oportunidad y dispositivo-, de manera que el proceso civil no se puede iniciar de oficio por el juez, requiere necesariamente un acto de parte que lo ponga en marcha.

### Precisiones

1) El juicio ordinario se regula en LEC art.399 a 436 . Si bien hay que tener en cuenta que se aplican también todas las normas recogidas en LEC art.248 a 398 , que se ocupan de las **disposiciones comunes** a los procesos declarativos -determinación del procedimiento, prueba, etc.- y que, a lo largo de la LEC, hay normas que también resultan aplicables, salvo disposición legal en contrario o regla especial para el juicio ordinario: principios generales, determinación de la jurisdicción y la competencia, acumulación de procesos y de pretensiones, actuaciones judiciales, rebeldía, ejecución de sentencias, medidas cautelares, etc.

2) Para un **estudio detallado** de los distintos aspectos relativos al proceso civil ordinario, ver nº 5900 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Civil.

### A. Requisitos

4560	1. Requisitos subjetivos	4565
	2. Requisitos objetivos	4575
	3. Requisitos de la actividad: forma	4580

#### 1. Requisitos subjetivos

#### 4565 Del órgano jurisdiccional

La demanda debe identificar correctamente al órgano judicial al que va dirigida. Para la elección correcta del mismo por parte del demandante entran en juego los requisitos de **jurisdicción y competencia** de los órganos jurisdiccionales.



Criterios determinativos de la competencia civil				
Competencia objetiva	Clases	Por razón de la cuantía y por razón de la materia		
	Regla general	Atribución en primera instancia de todos los asuntos civiles a los juzgados de primera instancia		
	Reglas especiales	Por la cuantía	< a 90 euros: juzgados de paz	
		Por la materia	Juzgados de lo Mercantil ( LOPJ art.86 ter ) Juzgados de Violencia Sobre la Mujer ( LOPJ art.87 ter.2 ) Audiencias Provinciales (Sección civil) ( LOPJ art.8.5 ) Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo civil y penal) ( LOPJ art.73.2.a y b ) Tribunal Supremo (Sala Primera) ( LOPJ art.56. 2º y 3º y 293 ) Tribunal Supremo (Sala LOPJ art.61 ) ( LOPJ art.61.1.3º, 5º y 293 )	
	Tratamiento procesal	Examen de oficio ( LEC art.48.1 )		
Examen a instancia de parte: declinatoria ( LEC art.49 )				
Competencia territorial	Criterios de atribución	Fueros legales ( LEC art.50 s. )		
		Fueros convencionales	Sumisión expresa	
			Sumisión tácita	
	Tratamiento procesal	Examen de oficio ( LEC art.48.1 )		
Examen a instancia de parte: declinatoria ( LEC art.63 a 65 )				
Competencia funcional				

4566

#### Precisiones

La **identificación del juzgado** es lo primero que se indica en el encabezamiento de la demanda, y se utiliza una **fórmula de estilo** que suele ser: «al Juzgado de Primera Instancia (de lo Mercantil) de (el lugar correspondiente)». Puede suceder que en un determinado lugar o circunscripción -partido judicial para los juzgados de primera instancia, provincia para los juzgados de lo mercantil, como regla general- haya **más de un juzgado** de esa clase, por ello su determinación se hará conforme a las normas de **reparto** que sean de aplicación.

#### 4568 De las partes

En el encabezamiento de la demanda se deben delimitar ambas partes y, además, tener en cuenta los tres **requisitos** de las mismas:

- capacidad;
- legitimación; y
- postulación.

#### 4569 Capacidad para ser parte

(LEC art.6)

Pueden ser parte en los procesos ante los órganos judiciales civiles:

1. Las **personas físicas**.
2. El **concebido no nacido**, para todos los efectos que le sean favorables.
3. Las **personas jurídicas**.
4. Las masas patrimoniales o los **patrimonios** separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.
5. Las **entidades sin personalidad jurídica** a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.
6. El **Ministerio Fiscal**, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.

7. Los **grupos de consumidores o usuarios** afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio es necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

#### 4570 Capacidad procesal

(LEC art.7 a 9 )

Solo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Las **personas físicas** que no se hallen en tal situación han de comparecer mediante la representación o con la asistencia, autorización, habilitación o el defensor exigidos por la ley. Por las **personas jurídicas** han de comparecer quienes legalmente las representen.

La **falta de capacidad** para ser parte y de capacidad procesal puede ser apreciada de oficio por el órgano judicial en cualquier momento del proceso.

#### 4571 Legitimación

(LEC art.10)

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como **titulares** de la relación jurídica u objeto litigioso. Quedan **exceptuados** los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.

Tipos de legitimación			
Legitimación propia o directa #	Legitimación indirecta (la legitimación se obtiene de otros) #		
	Legitimación por sustitución	Representación	Legitimación por sucesión
Se litiga en interés propio y por derechos propios	Se litiga en interés propio y por derechos ajenos (se ejercita el derecho de otro) Solo procede en los casos previstos expresamente (p.e.: CC art.1111 )	Se litiga en interés ajeno y por derechos ajenos	Es un caso de legitimación propia, solo que los derechos se adquieren por transmisión <i>inter vivos</i> o <i>mortis causa</i>
Sí se es parte	Sí se es parte	No se es parte La parte es el representado	Sí se es parte

#### 4572 Postulación

(LEC art.23 , 24 y 31 s.)

La LEC regula la intervención de **procurador** y **abogado** y las formas de **apoderamiento**. Estos aspectos se desarrollan en detalle en nº 1150 s. Memento Procesal 2018.

## 2. Requisitos objetivos

4575 El **objeto del proceso** debe fijarse en la **demanda**, sin que pueda luego intentar cambiarlo en la audiencia previa en el trámite de la LEC art.426 , pues este solo permite aclaraciones, precisiones, pero no modificaciones sustanciales como es añadir una nueva pretensión principal, que no accesoria ni complementaria, cuya admisión causaría indefensión a la parte demandada ( AP Burgos 10-7-09, EDJ 151815 ).

### Precisiones

1) No cabe fijar el objeto del proceso **a lo largo del procedimiento**. Constituye un error de base, la creencia de que el objeto de la demanda, los hechos y en consecuencia del suplico de la misma, debe fijarse a través del proceso, cuando la fijación de los hechos debe quedar perfectamente delimitada en la demanda, así como el suplico de la misma. Las pruebas y las consecuencias derivadas de su falta de prueba, deben de referirse a los **hechos** que se han fijado en la demanda como objeto del proceso, pero no a la **fijación de los hechos** que debían integrar el objeto de la demanda misma. Es una carga de la parte, al interponer la demanda, el fijar con claridad los hechos, los fundamentos de derecho y lo que se pide, conforme a lo dispuesto en LEC art.399 ( AP Girona 19-4-10, EDJ 125965 ).

2) La LEC art.219.1 prohíbe al demandante pretender una sentencia meramente declarativa del **derecho a percibir una cantidad de dinero**, ya que debe solicitarse también la condena a su pago, cuantificando expresamente su importe, sin que pueda solicitarse su **determinación en ejecución de sentencia**, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación de forma que esta consista en una pura operación aritmética, y si no se hace así la demanda se deberá desestimar ( AP Alicante 16-10-07, EDJ 234048 ; AP Las Palmas auto 29-1-04, EDJ 6474 ).

### 3. Requisitos de la actividad: Forma

---

4580 La demanda en el juicio ordinario reviste forma escrita, que se **estructura** conforme a un orden fruto de la práctica forense, pero no de un precepto legal, y que debe tener como **contenido necesario** el recogido en LEC art.399 (nº 4585 s. ).

## B. Contenido

(LEC art.399.1)

4585	1. Encabezamiento	4590
	2. Hechos	4605
	3. Fundamentos de Derecho	4610
	4. Petición o suplico	4615
	5. Fecha, firma y otrosíes	4620

4586 Han de exponerse en párrafos separados y numerados los **hechos** y los **fundamentos de Derecho**, tras el **encabezamiento** de la demanda.

### Precisiones

En definitiva, se trata de que la demanda contenga los datos, circunstancias, argumentos y razonamientos necesarios, pero con la suficiente **claridad y precisión**, de ahí que la citada norma disponga que los hechos se relaten de forma ordenada y clara, con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Igualmente será necesaria una exposición detallada de los fundamentos que sostiene la pretensión ( AP Sevilla auto 4-9-09, EDJ 298146 ).

#### 1. Encabezamiento

---

4590 Básicamente, debe contener:

- la identificación de órgano judicial al que se dirige la demanda (nº 4566 );
- las partes demandante y demandada (nº 4591 );
- la clase de juicio que se sigue (nº 4603 ); y
- la precisión de que se trata de una demanda del tipo de proceso que sea (nº 4603 ).

4591 **Identificación de la parte demandante**

En el caso del juicio ordinario es siempre preceptiva la postulación técnica, es decir, es obligatoria la realización de los actos procesales con representación por **procurador** y asistencia técnica legal por **abogado** colegiado. La identificación de la parte demandante debe abarcar a todas las personas que, en conjunto, integran esa posición con capacidad procesal.

Si se trata de **persona jurídica** -regular o irregular- o **ente sin personalidad**, deben comparecer en juicio a través de su representante necesario -administrador, por ejemplo-, a quien habrá que nombrar en la demanda con todos los datos relativos a la sociedad a la que representa y habrá que acreditar que efectivamente es la persona con poder para representar a la persona jurídica ( LEC art.7 ).

Normalmente, el cuerpo del escrito comienza con la identificación del **demandante** que no debe ser problemática, porque le interesa identificarse con la mayor precisión y dispone de todos los datos para ello. Ahora bien, lo primero que se hace es identificar al **procurador**, citar el **poder** que acredita la representación -salvo que se otorgue luego *apud acta*-, señalar que actúa en nombre y representación de la parte, a la que se identifica ahora, y se añade la

identificación del letrado o **abogado**, nombre y apellidos, indicando su colegio profesional y su número de colegiación. Tanto abogado como procurador deben firmar el escrito de demanda.

#### 4593 Identificación de la parte demandada

El demandado es la persona contra la que se dirige la demanda y debe quedar identificado de la manera más completa posible. Lo que sucede es que, en ocasiones, el demandante no dispone de todos los **datos** que permiten la perfecta identificación del demandado, de manera que en estos supuestos lo que se debe conseguir es la identificación más aproximada posible. No se puede dirigir la demanda contra **persona indeterminada**, ni se puede dar lugar a **confusión** con otras personas.

Cuando se conocen los **datos personales** del demandado se deben indicar: nombre, apellidos, y, sobre todo, domicilio para poder ser notificado de la demanda y emplazado para comparecer y contestar. Es muy importante el **domicilio** porque de él depende el éxito de la **notificación** de la existencia del proceso y la garantía del derecho de defensa ( LEC art.154 s. ).

Por ello, el demandante designará, como domicilio del demandado, a efectos del **primer emplazamiento o citación** de este, uno o varios de los lugares a que se refiere la LEC art.155.3 . Si el demandante designare **varios lugares** como domicilios, indicará el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación. Asimismo, el demandante deberá indicar cuantos **datos** conozca del **demandado** y que puedan ser de utilidad para la localización de este, como números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares, que se utilizarán con sujeción a lo dispuesto en la L 18/2011 , reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. El demandado, una vez comparecido, podrá designar, para sucesivas comunicaciones, un domicilio distinto. Si la demanda se dirigiese a una **persona jurídica**, podrá igualmente señalarse el domicilio de cualquiera que aparezca como administrador, gerente o apoderado de la empresa mercantil, o presidente, miembro o gestor de la junta de cualquier asociación que apareciese en un Registro oficial.

En caso de que se desconozcan y sea imposible la designación de un domicilio, el demandante puede acudir a las medidas de la LEC sobre **averiguación del domicilio del demandado** ( LEC art.156 ), que serán efectuadas por el letrado de la Administración de Justicia, incluida la consulta del Registro Central de Rebeldes Civiles ( LEC art.157 ).

Solo en última instancia, como último remedio y si no es posible hacerlo de otra manera, se le puede **notificar por edictos** ( LEC art.164 ).

#### 4595 Pluralidad de partes

(LEC art.12)

Por **litisconsorcio** se entiende la interposición de la demanda por varios sujetos -litisconsorcio activo- o contra varios sujetos -litisconsorcio pasivo- o la existencia de varios sujetos en la posición de demandante -activo- o demandado -pasivo-. Si esa pluralidad de sujetos en las distintas posiciones procesales es posterior estaremos ante la **intervención procesal** -que genera una situación litisconsorcial durante/en el transcurso del proceso-.

Por tanto, pueden comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.

#### 4596 Caso distinto es el de la **intervención de sujetos originariamente no demandantes o demandados**.

Si el tercero adquiere la **cualidad de parte** -es decir, se amplía el elemento subjetivo activo o pasivo del proceso- la sentencia debe contener pronunciamientos estimatorios de la pretensión del tercero o de absolución o de condena del tercero, con las consecuencias correspondientes en materia de imposición de costas. Pero el tercero cuya intervención ha sido acordada, solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no dirige expresamente una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. El tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero.

#### Precisiones

A título de ejemplo, el TS ha resuelto la cuestión de la intervención en el proceso, a instancia de los demandados, de su aseguradora. Considera que el tercero no es parte demandada si el demandante no dirige contra él la demanda, por lo que la sentencia que recaiga no puede contener un **pronunciamiento absolutorio del tercero**. Por esta razón, se anula el pronunciamiento de la sentencia recurrida por el que se desestima la demanda frente al tercero que no fue demandado. Para llegar a estas conclusiones, la sala estima que cuando, como es el caso, no existe una norma legal que imponga la llamada al proceso de un tercero, es el interés del tercero en el resultado del proceso lo que le legitima para intervenir, con independencia de que la intervención se haya producido por la voluntad del tercero -que conociendo la existencia del litigio decide comparecer-, o porque ha sido llamado o se le ha comunicado la existencia

del proceso. Acordada la intervención por resolución judicial debe concretarse la **naturaleza de su actuación** en el litigio, ya que de ello depende el contenido de la sentencia que deba dictarse ( TS 20-12-11, EDJ 313631 ).

4597 A su vez, el litisconsorcio puede ser voluntario/facultativo o necesario, dependiendo de que tenga su causa o fundamento en la voluntad de las partes o en una imposición legal. A continuación se hace referencia a ellos.

#### 4598 Litisconsorcio voluntario

El litisconsorcio es voluntario cuando tiene su origen en la decisión de las partes. Este caso no se trata más que un supuesto de **acumulación de pretensiones o acciones** -varias acciones de distintas personas que se ejercen contra un mismo sujeto, o varias acciones de un sujeto que se ejercen contra varios-. En este caso, ante una pluralidad de relaciones jurídico-sustantivas que implican a sujetos diferentes y que guardan cierta **conexión**, la Ley permite acumular en el mismo proceso dichas acciones por razones prácticas de economía procesal y oportunidad. En este sentido, hay que remitirse a la normativa reguladora de la **acumulación de acciones** para fijar los requisitos de admisibilidad del litisconsorcio voluntario ( LEC art.72 s. ).

#### 4599 Litisconsorcio necesario

El litisconsorcio es necesario en el caso de venir impuesto por ley. El **fundamento** del litisconsorcio necesario es el derecho material, la existencia de relaciones jurídico materiales plurisubjetivas; el derecho material se ha de hacer valer por o contra varios, porque es de varios y a varios es a los que puede afectar la sentencia. Curiosamente, la LEC art.12.2 , solo se refiere al **litisconsorcio pasivo necesario** -se ha planteado en la doctrina la necesidad de regular el activo necesario, pero por ahora se ha salvado a través de la jurisprudencia del TS en la que dice que un comunero, cotitular de derechos, puede litigar a favor del objeto común-. Cabe señalar los siguientes **supuestos**:

- Supuestos que exigen la actuación procesal de una pluralidad de sujetos, como la **comunidad hereditaria**.
- Los casos de **derechos u obligaciones indivisibles**. Si la división fuera imposible, solo perjudican al derecho de los acreedores los actos colectivos de estos, y solo puede hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores ( CC art.1139 ).
- En algunas **acciones de estado**, como la nulidad del matrimonio, tal y como se regula en el CC art.74 , donde es necesario demandar a ambos cónyuges -lo mismo sucede, siguiendo con los cónyuges, con los bienes y derechos gananciales de los que son titulares ambos cónyuges y, por lo tanto, en los procesos seguidos contra aquellos deben ser demandados los dos cónyuges-.
- También exige litisconsorcio el proceso en el que se pretenda la  **nulidad de un acto o negocio** en el que estén implicadas varias personas.

Tal es el caso de la **responsabilidad decenal** derivada de la construcción ( CC art.1591 ), que exige demandar conjuntamente a arquitecto, arquitecto técnico, constructor y promotor, para determinar la responsabilidad de cada uno -aunque en este punto realmente se ha discutido doctrinalmente que sea un supuesto de litisconsorcio...-.

Las cuestiones de litisconsorcio necesario, con carácter general, han sido cuestiones relativas a la **legitimación** - en definitiva relación de un sujeto con el objeto del litigio, en este caso conjuntamente con otros sujetos-, pero el tratamiento que recibe en la LEC es de **presupuesto procesal** en tanto en cuanto se exige el examen y la resolución de la excepción de falta del debido litisconsorcio en la audiencia previa, permitiéndose, para garantizar la eficacia del proceso, subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario con el traslado de la demanda a los litisconsortes.

#### 4600 Tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario

(LEC art.420)

Es el siguiente:

1º. Se **denuncia** la falta de litisconsorcio como excepción procesal en la contestación a la demanda.

2º. El demandante/actor tiene dos **opciones**:

- Puede, directamente, en la audiencia previa, aportar copias de la demanda dirigidas a los litisconsortes, e integrar la falta de litisconsorcio.
- Puede oponerse a la alegación de falta de litisconsorcio.

3º. En caso de **oposición**, el juez resuelve:

- Si **estima** el litisconsorcio necesario debe dar un plazo para subsanar su falta -no menos de 10 días- en el cual el actor debe «ampliar» su demanda, interponiendo escrito de demanda contra los litisconsortes. En caso de no producirse la **subsanación** en el plazo se archiva el proceso ( LEC art.420.4 ).
- Si el juez **no estima** la existencia del litisconsorcio denunciado el proceso -en este caso la audiencia previa- continúa con los mismos sujetos que aparecían en la demanda inicial.

A pesar de su naturaleza de necesario y obligatorio, en el litisconsorcio necesario cada litisconsorte también es independiente en lo que a **alegaciones y prueba** se refiere. En cambio, por exigencias del Derecho material -del que todos los litisconsortes son titulares-, los **actos dispositivos** exigen la conformidad de todos los sujetos, y si esta

conformidad total no se produce el proceso debe continuar -es decir, no cabe o no tiene efecto alguno el allanamiento de un solo litisconsorte, sino que debe concurrir la conformidad de todos con esos actos, que son de disposición del objeto del proceso-.

#### 4601 Litisconsorcio necesario impropio o cuasinecesario

Por último, existe un tercer tipo de litisconsorcio, el necesario impropio o cuasinecesario, expresión que se utiliza para referirse a supuestos en los que no se exige la actuación de una pluralidad de sujetos en la demanda, ya que el ordenamiento les reconoce **legitimación por separado en el proceso** para instar el mismo en la correspondiente demanda, pero la sentencia que se dicte sí les **afecta a todos** -rasgo este común con el litisconsorcio necesario-, aunque no hayan interpuesto la demanda -p.e. la impugnación de acuerdos sociales por los socios, supuesto en que cada socio puede impugnar un acuerdo de los órganos de representación por separado, pero con independencia de quién lo impugne o demande la sentencia, al fin y al cabo, afectará a todos los socios partícipes de la sociedad-.

En estos casos, para evitar **sentencias contradictorias** -las que podrían proceder de la interposición de demandas por varios de los sujetos legitimados-, el ordenamiento impone una tramitación conjunta de las distintas acciones y demandas -a través de la **acumulación de oficio** de los procesos-, una vez hayan sido interpuestas por los distintos legitimados por separado -por ejemplo, en el caso de la impugnación de acuerdos sociales, para la que están legitimados, socios, administradores, etc. ( LSC art.206 ), donde cada uno tiene su derecho a ejercitar la acción, pero los efectos de la sentencia se van a extender a todos los socios ( LEC art.222.3 ), la LEC reconoce un supuesto de litisconsorcio cuasinecesario y obliga a la acumulación en un solo proceso de todas las impugnaciones formuladas por los sujetos legitimados ( LEC art.73.2 )-.

#### 4603 Delimitación del proceso a seguir (LEC art.253 a 255 )

En la **demanda** el actor debe fijar la clase de proceso por la que ha de tramitarse el asunto que inicia. En tal sentido, debe indicar que se trata de un **juicio declarativo ordinario**, bien por razón de la **materia** -que deberá indicar-, bien por razón de la **cuantía**, caso en el que por aplicación de la LEC art.253 , debe indicarse justificadamente la cuantía de la demanda, con claridad y precisión, no bastando la mera indicación del juicio que se considera procedente, y si no es posible ese cálculo, ni siquiera de manera relativa, o la **cuantía es inestimable**, siempre procederá el juicio ordinario -es decir, se indicará que la cuantía no es estimable, ni siquiera de forma relativa, por lo que procede el juicio ordinario-.

#### Precisiones

Si el demandante **no cuantifica** la demanda conforme a la regla correcta, el juez de oficio puede controlar y determinar el cauce correcto, pero si le faltan elementos debe requerir al demandante para que aporte, en plazo de 10 días, los **datos precisos** y si no los aporta se debe archivar la demanda ( AP Madrid auto 29-5-07, EDJ 123464 ); lo mismo si **no cuantifica y no subsana** en el plazo dado para ello, se debe archivar ( AP Sevilla auto 22-11-04, EDJ 263928 ; AP Málaga 29-4-04, EDJ 41992 ).

#### 2. Hechos

(LEC art.399.3)

#### 4605 La configuración de la pretensión exige la expresión de la **causa de pedir** entendida como los hechos jurídicamente relevantes que sirven para la identificación de la pretensión y para su estimación. Deben ser hechos con trascendencia jurídica que permitan:

- por un lado, saber de qué **pretensión concreta** se está hablando, es decir, identificarla lo más exactamente posible; y,
- por otro, lograr la **estimación de la demanda** si se prueban.

La LEC establece las **reglas** para la introducción de los hechos en el proceso a través de la demanda, y para ello habla de los hechos en sí mismos, de los documentos que los sustentan y de los razonamientos que los explican. Así:

1º. Se narran los **hechos** de forma ordenada y clara, con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Se trata sobre todo de exponer los hechos constitutivos de la pretensión -que permitirán su estimación, aunque, conforme lo dicho, a veces también permitirán su identificación-.

2º. Con igual orden y claridad han de expresarse los **documentos**, medios o instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones. Se trata de los documentos sobre el fondo del asunto -no de los

documentos procesales-, que pueden tener en ocasiones un valor más allá de lo meramente justificativo, pues de su correcta aportación puede depender la admisión de la demanda.

3º. Se formulan las **valoraciones o razonamientos** sobre los hechos, si parecen convenientes para el derecho del litigante. Es una actividad de explicación que puede redundar en lograr una mayor claridad y precisión en la alegación y fijación de los hechos constitutivos.

### 3. Fundamentos de Derecho

(LEC art.399.4)

4610 En cuanto a la aportación de los fundamentos de Derecho en la demanda, siguiendo a doctrina, jurisprudencia y práctica, se **distingue** entre:

- fundamentos de Derecho referidos a las cuestiones procesales; y
- fundamentos de Derecho referidos a la cuestión material o de fondo, a la pretensión.

#### 4611 De carácter jurídico-procesal

Los fundamentos de Derecho referidos a cuestiones procesales sirven para justificar la válida constitución y existencia de la relación jurídico-procesal, del proceso.

En primer lugar, se alegan los fundamentos relativos a la **jurisdicción, competencia, capacidad de las partes, legitimación, representación, clase de juicio** en que se deba sustanciar la demanda y a cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio o el que en él pueda llegarse a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto. Se trata de alegar el derecho en torno a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales. Con ello, el demandante está justificando las diversas opciones que ha ido realizando a lo largo de la demanda y señalando la razón jurídica en la que se basa: por ejemplo en cuanto a la competencia objetiva, o en cuanto a la elección del procedimiento, o, en su caso, en cuanto al representante legal o necesario que se indica. Siempre se debe hacer con claridad, precisión, con suficiente separación y numeración, etc.

#### 4613 De carácter jurídico-material

Se exponen a continuación los fundamentos jurídicos referidos a la **pretensión**, a la cuestión material o de fondo que se ha planteado en la demanda y cuya resolución se pretende en el proceso. Con ellos, el demandante proporciona los que, a su juicio, son las razones y argumentos jurídicos que le dan la razón y que deben conducir a la estimación de la pretensión: el Derecho, los fundamentos de Derecho, que pueden ser **normas, jurisprudencia o doctrina**.

Ha de recordarse que en el proceso civil rige el **principio «iura novit curia»**, conforme al cual el órgano judicial conoce el Derecho, de forma que puede resolver el caso empleando normas diferentes de las alegadas por las partes, o dándoles otra interpretación, o sobre la base de otras argumentaciones o razonamientos en Derecho.

#### Precisiones

Los órganos judiciales deben resolver en el marco vinculante de la causa o causas de pedir señaladas en la demanda, aplicando las normas jurídicas bajo el **principio «iura novit curia»**, que permite aplicar normas jurídicas no expresamente invocadas por los litigantes, o aducidas erróneamente, siempre que al propio tiempo no se altere la causa de pedir o, dicho en otros términos, no se altere o extralimite el título de la acción ejercitada, alteración que, conforme a reiterada jurisprudencia del TS, se produce no solo cuando se modifican los hechos, sino también la calificación jurídica, o se sustituyen por otras las cuestiones debatidas ( AP Madrid 28-9-07, EDJ 257180 ).

### 4. Petición o suplico

(LEC art.399)

4615 La petición, que figura en el «suplico» del escrito de demanda, debe fijarse con claridad y precisión. Es uno de los elementos básicos de la demanda, todo lo que no conste como pedido en el mismo se tendrá como no puesto, aun cuando se haya desarrollado en el cuerpo de la demanda.

Se distinguen tres **clases de peticiones**: declarativas, declarativas de condena -hacer, no hacer, dar cosa genérica o específica, incluida el dinero-, constitutivas.

La **congruencia de la sentencia** se mide en función del suplico de la demanda y el suplico de la contestación y se sabrá si se ha otorgado más de lo pedido, menos o cosa diferente de la pedida, o si hay alguna omisión de pronunciamiento -alguna petición que no se ha resuelto por el juez-.

En la demanda es posible la **acumulación inicial de acciones o pretensiones**, conforme a los requisitos establecidos en LEC art.71 a 73 . En este caso, debe cuidarse más la claridad y la precisión, al recogerse varias peticiones en la demanda que se deberán exponer con separación e indicando si tienen carácter principal, subsidiario, accesorio, etc., por las razones dichas.

También se debe señalar que la petición termina de configurar el objeto del proceso, la pretensión, que resulta de sumar causa de pedir y petición -elemento objetivo de la pretensión-. Si tenemos en cuenta que las partes, tal y como son identificadas, representan el elemento subjetivo de la pretensión, tenemos los elementos necesarios para comprobar si, en el caso concreto, en la demanda que se presenta, concurre la litispendencia o la cosa juzgada.

## 5. Fecha, firma y «otrosíes»

---

4620 La demanda debe estar fechada, y firmada por **procurador y abogado** -dado que es siempre preceptiva su intervención en el juicio ordinario ( LEC art.23 y 31 )-.

Ahora bien, previa a la firma se pueden introducir determinadas peticiones y declaraciones que se denominan contingentes, porque no son necesarias y dependen de la demanda concreta. Se utiliza la fórmula del «**otrosí digo**» para ello, por ejemplo, para **solicitar**:

- medidas cautelares coetáneas a la demanda;
- la devolución de la escritura original del poder del procurador si se necesita para otros pleitos;
- en general, todo lo que no necesite ir en el cuerpo central del escrito debe ir, en caso de considerarse oportuno, indicado por la vía de «otrosí digo», para no empañar la claridad y precisión de la demanda.

## C. Documentos

4625 Es **obligatoria** la aportación de documentos procesales y materiales. La LEC establece que a la demanda se acompañen los documentos que resulten necesarios para justificar tanto la válida existencia del proceso, la válida constitución de la relación jurídico-procesal, y que determinan la admisibilidad de la demanda, como los documentos que justifican el derecho invocado por el demandante y que constituirán la base de la prueba documental, salvo que los hechos a los que se refieran sean admitidos por el demandado -sobre los hechos admitidos no cabe proponer ni practicar prueba-. En ocasiones, la ley condiciona la admisión de la demanda a que se presenten junto a ella determinados y concretos documentos materiales. El LEC art.403.2 dispone que **no se admiten** las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales

4626 **Documentos procesales**  
(LEC art.264)

Son los que sirven para acreditar el correcto cumplimiento de un presupuesto o requisito procesal de la demanda, la **falta de aportación** impide tener por cumplido ese presupuesto o requisito y conduce a la inadmisión de la demanda. Son los siguientes:

1º. El **poder notarial** que acredita la representación procesal del procurador ( LEC art.264.1º ). Este documento debe acompañarse siempre a la demanda, salvo que concurra uno de estos dos casos:

- que el poder se otorgue «**apud acta**» ante el letrado de la Administración de Justicia, caso en el que se documenta en el acta que se une a los autos;
- que se haya solicitado el derecho de **asistencia jurídica gratuita**.

2º. Los documentos que acrediten la **representación** que el litigante se atribuya ( LEC art.264.2º ).

3º. Los **documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa**, a efectos de competencia y procedimiento.

4627 Fuera de la LEC existen normas que hacen alusión a **otros documentos** que se deben aportar con la demanda y que tiene carácter procesal. Entre ellos se encuentra el documento que acredita haberse cumplido con el trámite de **reclamación administrativa previa** o de haberse cumplido con la **conciliación o requerimiento previo** en los casos exigidos por la Ley.

También se consideran documentos procesales las **copias** de la demanda y de los documentos que la acompañan, que deben entregarse conforme a LEC art.273 .



Y en su caso, el documento acreditativo de la liquidación de la **tasa** por el ejercicio de la potestad jurisdiccional conforme a la L 10/2012 , modificada por L 42/2015.

#### 4629 Documentos materiales y otros escritos u objetos justificativos del derecho material (LEC art.265 y 266 )

Han de acompañarse a la demanda -y a la contestación- cualesquiera documentos en que la parte funde su derecho a la tutela judicial que pretende ( LEC art.265.1 ). Pero se especifican otros **escritos y objetos** -no documentos en sentido estricto- que han de aportarse con la demanda, teniéndose en cuenta que reiterada jurisprudencia establece que los documentos que han de presentarse con la demanda son los **fundamentales** y no los **complementarios** o aquellos que tiendan a desvirtuar las excepciones formuladas en la contestación ( AP Valencia 20-2-07, EDJ 134459 ), de manera que solo es aplicable el criterio rigorista de aportación a los primeros, existiendo un criterio flexible respecto a los segundos ( TS 28-2-06, EDJ 15991 ; 15-2-06, EDJ 5900 ):

- Los **medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen**, y los instrumentos que permiten archivar y conocer y reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela ( LEC art.265.1.2 ).
- Las **certificaciones y notas sobre asientos registrales** o sobre el contenido de libros, registros, actuaciones o expedientes de cualquier clase ( LEC art.265.1.3 ).
- Los **dictámenes periciales** en que la parte apoye sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en LEC art.337 y 339 ( LEC art.265.1.4 ). En el caso de que alguna de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tendrá que aportar con la demanda o con la contestación el dictamen, sino simplemente anunciarlo ( LEC art.339.1 ).
- Los **informes elaborados por profesionales de la investigación privada** legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquellas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueran reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical ( LEC art.265.1.5 ).

En los casos de la LEC art.265.1.1 a 3 las partes, en este caso la demandante, no está obligada a la presentación junto con la demanda exclusivamente en los casos en los que no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos, caso en el que pueden designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación ( LEC art.265.2 ).

Ahora bien, se exigen determinados documentos en **casos especiales**:

- a) Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden **alimentos**, cuando este sea el objeto de la demanda.
- b) Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las **demandas de retracto** y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuera conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociera.
- c) El documento en que conste fehacientemente la **sucesión «mortis causa»** en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión.
- d) Aquellos **otros documentos** que esta u otra ley exija expresamente para la admisión de la demanda.

#### 4630 Excepciones a la presentación obligatoria con la demanda

No es obligatoria la presentación de los documentos con la demanda -o la contestación- en los siguientes **supuestos**:

- a) El demandante puede presentar posteriormente a la demanda, en la audiencia previa, los documentos, medios, dictámenes, instrumentos e informes cuya relevancia se ponga de manifiesto como consecuencia de la **contestación a la demanda** ( LEC art.265.3 ).
- b) Después de presentada la demanda, solo se admiten al actor los documentos que se encuentren en **casos excepcionales**: ser de fecha posterior a ese momento, ser de fecha anterior pero conocidos posteriormente, no haber sido posible obtenerlo antes siempre que se hubiera hecho la designación del lugar donde se pueden obtener ( LEC art.270.1 ).
- c) La excepción final es la regla de preclusión definitiva, pues no cabe la aportación después de la audiencia de prueba, salvo lo dispuesto para las **diligencias finales** y salvo determinados documentos administrativos y resoluciones judiciales ( LEC art.271.1 ).

#### 4631

Precisiones

1) La **no presentación** de los documentos indicados en LEC art.265 en los momentos legalmente señalados y procedentes -demanda, contestación, audiencia previa- no puede determinar nunca la inadmisión de la demanda, pues la única consecuencia es que dichos documentos ya no podrán ser aportados y no podrán ser tenidos en cuenta en la prueba ( AP Madrid 31-1-08, EDJ 28240 ).

2) El juez no puede auxiliar a la parte demandante en lo relativo a la aportación de los documentos que fundamentan su pretensión, de forma que no puede advertirle de su falta ni mucho menos abrir **plazo para subsanar la no presentación** ( AP Cantabria 31-3-05, EDJ 32214 ).

3) La **prueba acordada como diligencia final** podía haberse propuesto en tiempo y forma por la actora, su falta de práctica era imputable a esta, no se refería a hechos nuevos o de nueva noticia, no se había solicitado la diligencia final por la demandante y no habían existido circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes como causa de la falta de aportación del documento en las fases procesales en que pudo aportarse para su procedente acuerdo de oficio por el órgano judicial ( AP Madrid 14-6-10, EDJ 182408 ).

#### 4633 Presentación de copias

(LEC art.273.1 y 275 )

Todos los profesionales de la justicia están **obligados** al empleo de los **sistemas telemáticos o electrónicos** existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieran.

Los escritos y documentos presentados por **vía telemática** o electrónica indicarán el tipo y número de expediente y año al que se refieren e irán debidamente foliados mediante un índice electrónico que permita su debida localización y consulta. La presentación se realizará empleando **firma electrónica** reconocida y se adaptará a lo establecido en la L 18/2011, de reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Únicamente de los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado o ejecutado, se deberá aportar en **soporte papel**, en los 3 días siguientes, tantas copias literales cuantas sean las otras partes. Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, se presentarán en soporte papel los escritos y documentos cuando expresamente lo indique la ley. De todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en soporte papel y en las vistas se acompañarán tantas **copias literales** cuantas sean las otras partes.

La **falta de presentación** de las copias no supone, como **regla general**, la inadmisión ni del escrito ni de los documentos que lo acompañen, pues el letrado de la Administración de Justicia debe hacer notar esta falta a la parte y conceder plazo de 5 días a las partes para subsanación, y si no se subsana él mismo expedirá las copias a costa de la parte que no las presentó. Esta regla general tiene como única **excepción** la demanda y los documentos que la acompañan: si no se presentan inicialmente las copias, el letrado de la Administración de Justicia dará 5 días de plazo al demandante para que subsane esta omisión; si transcurrido ese plazo no se ha subsanado, la consecuencia es que el escrito de demanda se tiene por no presentado y los documentos cuyas copias falten se tendrán por no aportados.

## D. Efectos

4635 La presentación de la demanda produce una serie de efectos, entre los que hay que distinguir los de **Derecho material** de los de **Derecho procesal**.

#### 4636 Efectos materiales

Entre los efectos materiales que produce la presentación de la demanda **destacan** los siguientes:

- constituye en **mora** al deudor ( CC art.1100 );
- da lugar a que los **intereses vencidos** devenguen el interés legal, aunque la obligación guarde silencio sobre este punto ( CC art.1109 ); e
- interrumpe la **prescripción**, tanto la adquisitiva como la extintiva ( CC art.1945 y 1973 ).

#### 4638 Efectos procesales

(LEC art.410 a 413 )

Al iniciar el proceso, la demanda lo hace quedar pendiente de resolución, lo que da lugar al efecto de la **litispendencia**. Los efectos de la pendencia del proceso se producen en el momento de presentación de la demanda, si después es admitida.

Es la **fecha de la presentación de la demanda**, si esta es admitida, la que produce la litispendencia, y el día que el órgano judicial debe tener en cuenta para resolver sobre su contenido, estimatorio o desestimatorio, por razones de congruencia, atendiendo a la situación de hecho y derecho en que estaban las partes y las cosas objeto de ellos al

presentarse la demanda, que es cuando se define la pretensión del actor, pese a las **modificaciones posteriores**, respecto a las que existían al tiempo de presentarla ( TS 9-2-11, EDJ 6670 ).

#### Precisiones

La jurisprudencia acepta, ratificado por LEC art.410 , el criterio que atiende a la presentación de la demanda siempre que sea admitida, por todo lo que es desde este momento cuando operan los **principios** de la *perpetuatio iurisdictionis*, *legitimationis* y *actionis*, vedándose con posterioridad la *mutatio libelli -lite pendente nihil innovetur-*, salvo las **modificaciones** subjetivas y objetivas que excepcionalmente son procedentes ( TS 23-12-02, EDJ 55405 ; AP Sevilla auto 27-7-10, EDJ 224658 ).

- 4639 Además, como efectos principales también pueden destacarse la **perpetuación de la jurisdicción**, la prohibición del cambio de la demanda y la influencia de las modificaciones que se produzcan en las partes o sus intereses.

En cuanto a la **prohibición del cambio de la demanda**, es posible la ampliación de la misma antes de la contestación, para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigir las contra nuevos demandados. En tal caso, el plazo para contestar a la demanda se vuelve a contar desde el traslado de la **ampliación de la demanda**.

El demandado puede oponerse en la contestación a la demanda a la acumulación pretendida, cuando no se acomode a lo dispuesto en LEC art.71 s. y se debe resolver en la audiencia previa al juicio. No se permite la **acumulación de acciones** después de contestada la demanda ( LEC art.401 y 402 ).

#### Precisiones

El actor, desde la presentación de la demanda inicial hasta su contestación por la parte demandada, tiene la oportunidad de **ampliar y modificar** el contenido de aquella, sin ningún tipo de limitación, y aunque suponga, por tanto, **alteración del objeto del proceso o de sus pretensiones** y ello en razón a que, producida la ampliación de la demanda con anterioridad a haberse formulado la contestación con la consecuencia legalmente prevista de tener que computarse de nuevo el plazo para contestar a la demanda desde el traslado del escrito ampliatorio de la misma, siempre quedan salvaguardados los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes en el proceso ( AP Murcia 28-2-11, EDJ 54396 ).

- 4640 Las **modificaciones** que, una vez iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hayan dado lugar a la demanda, no se tienen en cuenta en la sentencia. No obstante, se exceptúa el supuesto en que la modificación implique la **pérdida de interés legítimo de la pretensión**, por satisfacción extraprosesal de la misma o por cualquier otra causa, en cuyo caso, de acuerdo con el trámite previsto en LEC art.22 , se concluye el proceso por medio de auto ( LEC art.413 ).

### E. Preclusión de alegaciones

(LEC art.400)

- 4645 Cuando lo que se pida en la demanda pueda **fundarse en diferentes hechos** o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La **carga de la alegación** a que se refiere el párrafo anterior ha de entenderse sin perjuicio de las **alegaciones complementarias** o de **hechos nuevos** o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

A efectos de **litispendencia** y de **cosa juzgada**, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este. De aquí se deduce que la cosa juzgada abarca tanto lo deducido como lo deducible en un proceso. De lo que se infiere necesariamente la carga del accionante de «verter» o «agotar» en su escrito de demanda o de reconvención todos los hechos, fundamentos o títulos jurídicos que conozca o pueda conocer en el momento de su interposición, so pena de precluirle la oportunidad procesal de alegarlos.

- 4646 Las audiencias provinciales han ido más allá, considerando que el actor no solo debe alegar **todas las fundamentaciones** jurídicas que sostengan sus pretensiones, sino que también está obligado a formular **todas las pretensiones** que ostente contra el demandado, so pena de afectarles la cosa juzgada material en caso de reservárselas para un ulterior proceso.

1) Si en un **pleito anterior** el actor reclamó al promotor una indemnización por incumplimiento contractual -entrega de garaje con menor cabida-, posteriormente, no puede reclamar en **otro pleito** otra indemnización por la menor cabida de la vivienda anexa, pues los datos ya los conocía en el momento de interponer la primera demanda ( AP Baleares 21-9-06, Rec 438 ):

2) El actor cuando presentó **acción declarativa de dominio** con la pretensión de que los demandados no puedan realizar en el camino de cuatro metros acto alguno que pueda significar la reducción del linde de propiedad de los actores, debió haberles exigido también que retiraran el galpón que habían construido, no pudiéndolo solicitar posteriormente ( AP Pontevedra 30-6-06, Rec 5215/05 ).

3) El actor -antiguo arrendatario- que tras la resolución del contrato reclamó al demandado -antiguo arrendador- una **indemnización** en concepto de daños y perjuicios por los **gastos efectuados en el local para adecuarlo a la explotación** de un estudio de grabación de sonido, debió también haber solicitado la **devolución de la fianza** puesto que ambas pretensiones son de reclamación de cantidad y las dos nacen de un mismo título: el contrato de arrendamiento suscrito por las partes ( AP Madrid 26-9-06, Rec 745/05 ).

4647 Frente a esta interpretación se alzan otros órganos judiciales, que consideran que lo que pretende la LEC art.400 no es tanto que el actor agote todas las acciones que «posea» frente a los mismos sujetos demandados, sino que agote todos los fundamentos fácticos y jurídicos en que base su acción, pudiendo en consecuencia «**reservarse**» acciones.

1) No se aprecia **cosa juzgada** cuando anteriormente se había ejercitado la acción declarativa de dominio con condena de entrega de la vivienda, y posteriormente se reclama una indemnización por la desposesión ( AP Barcelona 11-10-02, Rec 440/01 ).

2) En la primera demanda se solicitaba la **nulidad del testamento** por incapacidad de la testadora, y posteriormente el actor pretende -firme la validez del testamento- la **nulidad de la cláusula primera** del testamento, de desheredación, con base en CCC ( AP Barcelona auto 2-3-05, Rec 556/04 ).

## F. Actos de comunicación: traslado de copias

(LEC art.152.1 y 2)

4650 Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del letrado de la Administración de Justicia, que será el **responsable** de la adecuada organización del servicio. Tales actos se ejecutarán por:

- los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial; o
- el procurador de la parte que lo solicite.

A tal efecto, en todo **escrito** que dé inicio a un procedimiento judicial, de ejecución, o a otra instancia, el solicitante deberá expresar si interesa que todos los actos de comunicación se realicen por su **procurador**. Si no se manifestare nada al respecto, el letrado de la Administración de Justicia dará curso a los autos, realizándose tales actos por los **funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial**. Asimismo, serán realizados por estos últimos si los demandados, ejecutados o recurridos no solicitan expresamente en su escrito de personación que se realicen por su procurador o si las partes fueran beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Los solicitantes podrán, de forma motivada y concurriendo justa causa, pedir la **modificación del régimen inicial**, procediendo el letrado de la Administración de Justicia, si lo considera justificado, a realizar los sucesivos actos de comunicación conforme a la nueva petición. Se tendrán por válidamente realizados estos actos de comunicación cuando en la diligencia quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona, en el domicilio, en la dirección electrónica habilitada al efecto, por comparecencia electrónica o por los medios telemáticos o electrónicos elegidos por el destinatario.

A estos efectos, el procurador acreditará, bajo su responsabilidad, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y hora y del contenido de lo comunicado.

Los actos de comunicación se practicarán por **medios electrónicos** cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme a la LEC art.273 , o cuando aquellos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. No obstante, los actos de comunicación **no** se practicarán por medios

electrónicos cuando el acto vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico o así lo disponga la ley.

El destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido **aviso**. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

## II. Examen de la demanda

4655	Inadmisión	4658
	Admisión	4668
4656	La <b>admisión</b> se efectúa por decreto del secretario y dando traslado de la misma al demandado para que la conteste en el plazo de 20 días ( LEC art.404 ). El examen de la demanda implica efectuar el control acerca de la correcta concurrencia de los <b>presupuestos procesales</b> sobre jurisdicción, competencia, capacidad y postulación de las partes, y existencia de cosa juzgada o litispendencia; igualmente implica el control de la correcta concurrencia de los requisitos señalados en la ley, especialmente en LEC art.399 .	

Ahora bien, el letrado de la Administración de Justicia debe **dar cuenta al órgano judicial** para que decida lo procedente sobre la admisión en dos casos ( LEC art.404.2 ):

**a)** Cuando entienda que concurre **falta de jurisdicción o de competencia** del órgano judicial. Este es un defecto insubsanable, de manera que no cabe que el letrado de la Administración de Justicia abra plazo alguno para la subsanación, por ello la LEC determina que se dé cuenta inmediatamente al órgano judicial. Ahora bien, cuando se regula el control de oficio de los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia, incluida la competencia territorial cuando tiene carácter indisponible, se establece que la decisión sobre la admisión o inadmisión de la demanda en relación con alguno de esos presupuestos debe ir precedida de una audiencia a las partes personadas y al Ministerio Fiscal ( LEC art.38 , 48.3, 58 y 62 ).

**b)** Cuando la demanda adolezca de **defectos formales y no se hayan subsanado** por el actor en el plazo concedido para ello por el letrado de la Administración de Justicia, debe dar cuenta al órgano judicial, acompañando todo lo actuado, para que sea este quien decida, que, en su caso, inadmitirá la demanda por auto.

Aunque no se diga expresamente, si la demanda tuviera **otros defectos insubsanables** por su naturaleza, por ejemplo los referidos a la capacidad jurídica procesal, por extraño que pueda ser en la práctica, el letrado de la Administración de Justicia debe dar cuenta la juez u órgano judicial para que decida lo pertinente sobre la admisión de la demanda ( LEC art.404 ).

### Precisiones

Ya sea admitida por el letrado de la Administración de Justicia o, en su caso, por el órgano judicial, de la **resolución de admisión de la demanda** hay que dar cuenta en el plazo de 20 días a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se trate de procesos en los que sean de aplicación la LDC art.1 y 2 ( LEC art.404.3 ).

#### 4658 Inadmisión (LEC art.403.1)

La inadmisión de la demanda siempre se hará por medio de **auto**, especialmente motivado en cuanto implica la denegación de la tutela judicial efectiva por impedir el acceso al proceso. Precisamente por la relevancia constitucional de la inadmisión, las demandas solo pueden ser objeto de inadmisión en los casos y por las **causas** expresamente previstas en la LEC.

### Precisiones

Sobre ello se ha consolidado toda una doctrina del Tribunal Constitucional en pro de la **interpretación restrictiva** acorde con la existente sobre tutela judicial efectiva y acceso al proceso ( AP Sevilla auto 4-9-09, EDJ 298146 ; AP Tarragona 15-5-08, EDJ 101962 ; AP Alicante auto 20-9-04, EDJ 185471 ).

#### 4659 Por razones procesales

Se trata de la inadmisión de la demanda por la falta de cumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales **examinables de oficio**.

Son presupuestos y requisitos cuya falta, defecto u omisión es **insubsanable** y conducen a la inadmisión de la demanda sin posibilidad de subsanación:

- la falta de capacidad de las partes ( LEC art.9 );
- la falta de jurisdicción ( LEC art.36.2, 37.2 y 38 en relación con LEC art.404 );
- la falta de competencia genérica ( LEC art.37.2 y 38 , en relación con LEC art.404 );
- la falta de competencia objetiva ( LEC art.48 y 404 );
- la falta de competencia funcional ( LEC art.62 );
- la falta de competencia territorial cuando venga determinada por normas imperativas y excluyan la sumisión, pero en el juicio ordinario esta es generalmente prorrogable y está sujeta a sumisión ( LEC art.58 );
- la concurrencia en el caso de litispendencia y cosa juzgada.

4660 Son presupuestos y requisitos **subsanales**, de forma que solo procede la inadmisión si no se subsanan en el plazo otorgado al efecto:

- los referidos a la postulación técnica, falta de procurador, falta de abogado, falta de poder ( LEC art.23 y 31 );
- la acumulación indebida de pretensiones ( LEC art.73.4 ).
- defectos legales en el modo de proponer la demanda -falta de claridad o de precisión, falta de identificación de las partes, etc.-.

4661 En cuanto a la **falta de aportación de los documentos** que deben acompañar a la demanda, en principio, la falta de aportación de los referidos en la LEC art.264 , y la falta de aportación de los documentos materiales de la LEC art.266 -supuestos especiales-, conducen a la inadmisión de la demanda, pues expresamente se establece que no se admitirá la demanda que no vaya acompañada de estos documentos ( LEC art.403.3 ). Pero conforme a la doctrina del TCo cabe entender que estas faltas son subsanales y se debe dar plazo al demandante para que aporte el documento; si no lo hace, se inadmitirá la demanda por el órgano judicial.

#### Precisiones

Sobre el **principio pro actione** y los defectos procesales advertidos se ha declarado que los órganos judiciales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los **defectos** que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando, siempre que ello sea posible, la subsanación del defecto, a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial efectiva. En dicha ponderación debe atenderse a la **entidad** del defecto y a su **incidencia** en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y su trascendencia para las **garantías procesales** de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de **diligencia** procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado ( TCo 327/2005 ; TCo auto 60/2007 ).

4662 Respecto de los **documentos, informes, dictámenes**, etc., de la LEC art.265 , la falta de aportación en ningún caso conduce a la inadmisión de la demanda, simplemente se tienen por no aportados ( LEC art.269.1 ).

La falta de presentación de **copias de la demanda y de los documentos** que la acompañan es subsanable. Así se lo advertirá el letrado de la Administración de Justicia a la parte demandante y le dará plazo para subsanar, pero si no subsana, la demanda se tiene por no presentada y los documentos por no aportados.

4663 La LEC art.403.2 regula un **caso especial** de inadmisión de la demanda si no se ha cumplido con determinados requisitos, de forma que no se admitirán las demandas de **responsabilidad contra jueces y magistrados** por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irroguen en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admiten estas demandas si no se ha reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios. Los documentos que acrediten estos extremos deben ser aportados junto con la demanda y o se tienen o no se tienen, es decir, o la resolución es firme o no lo es, o se ha reclamado o no, y lo primero es insubsanable mientras lo segundo es subsanable, conforme se indica a continuación.

4664 Hay que tener en cuenta, por último, que se debe proceder, en el trámite de admisión, a un **control de oficio sobre la adecuación del procedimiento** por razón de la cuantía, ya que si bien en principio al juicio se le dará la tramitación que haya indicado el actor en la demanda, como el órgano judicial no está vinculado por esa indicación, puede suceder que de las alegaciones que constan en dicha demanda se desprenda que el juicio señalado por el actor no se corresponde con el valor señalado -o con la materia-, por lo que se procederá de oficio a dar la tramitación correcta que corresponda ( LEC art.254.1 ).

Igualmente, si pese a lo indicado por el actor resulta que la demanda es de **cuantía inestimable o no determinable** ni aun en forma relativa y, por ello, no corresponde seguir los cauces del juicio verbal, se dará de oficio la tramitación de juicio ordinario a la demanda, siempre que consten designados procurador y abogado ( LEC art.254.2 ). En ambos casos será el letrado de la Administración de Justicia el que dé la tramitación que corresponda al juicio por medio de diligencia de ordenación, que es recurrible directamente en revisión en el caso de la LEC art.254.1 ( LEC art.454 bis ), pero solo es recurrible en reposición en el caso de LEC art.254.2 .

Los meros **errores aritméticos** de la demanda que afecten al cálculo de la cuantía o valor litigioso se pueden corregir de oficio, igual que los resultantes de la incorrecta elección de la regla legal de cálculo, si en la demanda constan elementos fácticos suficientes para poder determinarla correctamente mediante simples operaciones aritméticas ( LEC art.251 y 252 ). Si no constan hay que estar a lo dispuesto en LEC art.254.4 . En ambos casos, con el cálculo correcto se dará al juicio la tramitación que corresponda ( LEC art.254.3 ). Debe entenderse que lo hará el letrado de la Administración de Justicia por diligencia de ordenación.

En ningún caso se podrá inadmitir la demanda por entenderse **inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía**, aunque debe tenerse en cuenta que si la demanda se limita a indicar sin más la clase de juicio que corresponde, o resulta que el letrado de la Administración de justicia apreció de oficio que la cuantía era incorrecta y no existen elementos fácticos suficientes para calcularla correctamente, entonces deberá darse plazo de 10 días al actor para que subsane el defecto, con suspensión de los autos por ese tiempo, transcurrido el cual, si no hay subsanación, el órgano judicial deberá decidir lo procedente sobre la admisión de la demanda, pudiendo inadmitirla.

#### 4665 Por razones de fondo

La **regla general** es que las demandas no se pueden inadmitir por razones de fondo, es decir, por razones referentes a la cuestión litigiosa suscitada. En principio, toda pretensión es admisible y debe permitirse que un órgano judicial pueda resolver sobre ella.

Esta regla general tiene contadas **excepciones** legalmente establecidas de forma expresa:

- la demanda de cumplimiento de la **promesa de matrimonio** no se puede admitir a trámite ( CC art.42 ); y
- no hay acción legal para reclamar lo que se gana en un **juego de suerte, envite o azar**, lo que debe entenderse aplicable a los juegos ilegales o prohibidos ( CC art.1798 ).

#### Precisiones

La mayor parte de la doctrina entiende también, aunque no haya disposición legal al efecto, que la demanda debe inadmitirse cuando versa sobre un derecho material o interés que el ordenamiento jurídico no tutela, tratándose de **demandas absurdas**.

#### 4668 Admisión (LEC art.404)

La admisión se efectúa por decreto del secretario, dando **traslado** de la misma al demandado para que la conteste en el plazo de 20 días.

### III. Emplazamiento del demandado y plazo para contestación

#### 4675 Admitida la demanda, se procede a **notificar** tal resolución a la parte demandante y a notificar y emplazar al demandado para que comparezca y conteste en el plazo de 20 días ( LEC art.150 ).

El régimen jurídico del **emplazamiento** es el propio de este tipo de actividades. Al tratarse de un primer emplazamiento, hay que tener en cuenta en lo que respecta a la forma de llevarlo a cabo, lo dispuesto en LEC art.155 y 158 .

Las **principales alteraciones** que pueden darse son:

- Que se desconozca su **domicilio** y deba acudir a lo dispuesto en LEC art.156 y 164 .
- Que el demandado tenga su **domicilio o residencia fuera de la circunscripción del órgano judicial**, con lo cual deberá hacerse uso del auxilio judicial ( LOPJ art.274 ; LEC art.168 s. )
- Que el demandado tenga su **domicilio en el extranjero** ( LOPJ art.276 s. ).

### IV. Conductas del demandado ante la demanda

#### 4680 A. Inactividad

4685

B.	Planteamiento de declinatoria	4695
C.	Contestación a la demanda	4705
D.	Reconvención	4735
E.	Presentación y traslado de la contestación y documentos al demandante	4755

4681 Tras realizarse el emplazamiento, son diversas las conductas que el demandado puede adoptar al efecto, pudiendo:

1. **Comparecer**. Solo si comparece puede:

- **Contestar**. Si contesta puede (nº 4705 s. ): - allanarse; - oponerse; y/o - reconvenir.
- **No contestar**.

2. **No comparecer** (nº 4685 ).

3. Plantear **declinatoria** en los 10 primeros días de los 20 que tiene para contestar (nº 4695 s. ).

A continuación se hace referencia a cada supuesto.

## A. Inactividad

### 4685 Rebeldía

(LEC art.496 s.)

El demandado, tras ser notificado de la demanda y emplazado, puede limitarse a desconocerla y ni siquiera comparecer o personarse en el proceso, dando lugar a la **declaración de rebeldía** decretada por el letrado de la Administración de Justicia.

La rebeldía no implica allanamiento ni reconocimiento de hechos, sino resistencia implícita, de manera que el demandante debe probar su derecho, ya que el demandado goza de la **presunción de inocencia**.

Si el demandado no comparece, se le declara en rebeldía y, obviamente, no contesta a la demanda, precluyen para él las posibilidad de **aportación de los documentos** y dictámenes que deben aportarse legalmente en ese acto ( AP A Coruña 31-5-06, EDJ 94811 ).

### 4686

#### Precisiones

1) La rebeldía no constituye allanamiento, ni aceptación tácita de los hechos constitutivos de la demanda, ni exime al demandante de probar esos hechos constitutivos ( AP Madrid 14-6-10, EDJ 182408 ). Es doctrina consolidada, que la rebeldía del demandado no puede interpretarse como allanamiento o aceptación tácita de los hechos constitutivos de la demanda ( LEC art.496.2 ) ni, por tanto, exime al actor de probar los hechos constitutivos de su pretensión, conforme al principio de distribución de la carga de la prueba recogido en LEC art.217 , equiparándose la rebeldía a una **oposición tácita** a las pretensiones del actor deducidas en la demanda ( TS 3-4-87, EDJ 2655 ; 8-5-01, EDJ 6547 , entre muchas otras), de modo que aun no habiendo oposición formal, el actor no queda liberado de probar los hechos de su pretensión ( TS 22-9-90, EDJ 8530 ; 16-3-93, EDJ 2639 ; entre otras muchas; en la misma línea, AP Valencia 6-7-10, EDJ 204723 ; AP Almería 10-2-10, EDJ 79197 ; AP Girona 18-1-10, EDJ 28362 ; que añaden que no cabe ser excesivamente rigurosos en la valoración de las pruebas aportadas por el demandante a los efectos de evitar que el rebelde se sitúe en mejor posición que los no rebeldes, todo ello según el caso concreto de que se trate).

2) Lo que la rebeldía implica es:

- **oposición** a la demanda ( AP Málaga 22-4-10, EDJ 222707 ); o
- una **pérdida de posibilidades procesales** del demandado ( AP Almería 10-2-10, EDJ 79197 ).

### 4688 Simple personación

Otra posible actitud de inactividad es la de comparecer o personarse y **no contestar**, lo que determina que el demandado pierde esta posibilidad alegatoria y que no habrá hechos propios sobre los que proponer prueba, pero sí puede contraprobar los hechos constitutivos de la pretensión. La no contestación tampoco implica allanamiento ni reconocimiento de hechos, sino **resistencia implícita**, de manera que el demandante debe probar su derecho.

#### Precisiones

1) El principal **efecto de la no contestación** es que precluye cualquier posibilidad de formular excepciones formales o de fondo sobre las cuestiones fácticas y pretensiones planteadas por la parte actora. Ni tan siquiera en la audiencia previa es posible la ampliación del debate procesal y mucho menos en la fase de conclusiones, después de practicada



la prueba ( AP Araba 11-6-04, EDJ 148007 ; AP Valencia 14-11-03, EDJ 224645 ). Es decir, determina la imposibilidad por parte del demandado de oponer hechos impeditivos, extintivos o excluyentes frente a la pretensión actora, con las consiguientes consecuencias sobre la limitación de los medios probatorios, que tiendan a justificar extremos de una oposición que la preclusión procesal impide formular ( TS 24-10-07, EDJ 194924 ), pero no exime al demandante de probar los hechos constitutivos de su pretensión ( AP Madrid 14-6-10, EDJ 182408 ).

**2)** Se considera **contestación fuera de plazo** y, por lo tanto, no contestación, la presentada en **juzgado distinto** de aquel en que se está tramitando el procedimiento, con el efecto de que no puede proponer prueba en relación con los hechos alegados en esa contestación, sin que ello pueda considerarse indefensión, porque la doctrina del TCo establece claramente que no cabe alegarla cuando se deba en realidad a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o los profesionales que los representen o defiendan ( TS 13-2-07, EDJ 7295 ).

## B. Planteamiento de declinatoria

(LEC art.63 , 64 , 65 a 67 )

**4695** Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido pueden denunciar la **falta de jurisdicción** del órgano judicial ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a órganos judiciales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores, con la **excepción** de los supuestos en que exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo y el consumidor sea el demandante.

También se puede proponer declinatoria para denunciar la **falta de competencia** de todo tipo. Si la declinatoria se funda en la falta de competencia territorial, ha de indicar el órgano judicial al que, por considerarse territorialmente competente, habrían de remitirse las actuaciones.

La declinatoria se propone ante el mismo órgano judicial que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia. No obstante, la declinatoria puede presentarse también ante el órgano judicial del domicilio del demandado, que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible a aquel ante el que se hubiera presentado la demanda, sin perjuicio de remitírsela por oficio al día siguiente de su **presentación**.

**4696** **Momento procesal de proposición y efectos inmediatos**

La declinatoria se ha de proponer dentro de los 10 primeros días del **plazo** para contestar a la demanda, o en los 5 primeros días posteriores a la citación para vista, y surte el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal, suspensión que debe acordar el letrado de la Administración de Justicia.

La **suspensión del procedimiento principal** producida por la alegación previa de declinatoria no obsta a que el órgano judicial ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de **aseguramiento de prueba**, así como las **medidas cautelares** de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento.

**4697** La **tramitación y decisión** de la declinatoria se realiza del modo siguiente ( LEC art.65 ):

- al **escrito** de declinatoria han de acompañarse los **documentos o principios de prueba** en que se funde, con **copias** en número igual al de los restantes litigantes, que dispondrán de un plazo de 5 días, contados desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción o la competencia del órgano judicial, que decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente;

- si la declinatoria es relativa a la **falta de competencia territorial**, el actor, al impugnarla, puede también alegar la falta de competencia territorial del órgano judicial en favor del cual se pretendiese declinar el conocimiento del asunto;

- si el órgano judicial entiende que **carece de jurisdicción** por corresponder el conocimiento del asunto a los órganos judiciales de otro Estado, lo declarará mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso;

- del mismo modo procederá el órgano judicial si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a **arbitraje o mediación**;

- si el órgano judicial considera que carece de jurisdicción por corresponder el asunto de que se trate a los órganos judiciales de **otro orden jurisdiccional**, en el auto en el que se abstenga de conocer señalará a las partes ante qué órganos han de usar de su derecho y la misma resolución se dicta cuando el órgano judicial entiende que **carece de competencia objetiva**;

- si se hubiera interpuesto declinatoria relativa a la **competencia territorial** y esta no viene determinada por reglas imperativas, el órgano judicial, para estimarla, ha de considerar competente al órgano señalado por el promotor de la declinatoria;

- el órgano judicial, al estimar la declinatoria relativa a la competencia territorial, se inhibe en favor del órgano al que corresponda la competencia y debe acordar la **remisión de los autos con emplazamiento** de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de 10 días.

El régimen de **recursos** se recoge en LEC art.66 y 67 .

## C. Contestación a la demanda

4705	1. Contenido	4710
	2. Documentos	4720

4706 La contestación a la demanda es un acto procesal, llevado a cabo por la persona que figura como demandado en la demanda admitida, que consiste en la presentación al órgano judicial de un escrito en el que se opone expresamente a la pretensión del demandante, pidiéndole que dicte contra él:

- **sentencia desestimatoria** de la demanda, si se alegó excepciones o resistencias solo materiales; o
- **sentencia absoluta** en la instancia si las excepciones son de carácter procesales, quedando, en su caso, imprejuzgada la acción.

### 1. Contenido

(LEC art.405)

4710 La contestación a la demanda ha de redactarse en la **forma** prevenida para la demanda ( LEC art.399 : nº 4585 s. ), y en ella el demandado debe exponer los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tenga por conveniente.

Si considera inadmisibles las **acumulaciones de acciones**, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad. Dispone de 20 días, desde el siguiente a la notificación de la demanda, para contestarla, **plazo** que, en caso de que haya varios demandados, la Ley no determina como se computa. El proceder está siendo que el plazo para contestar la demanda es independiente para cada uno de los demandados y empieza a contar desde que se les notifica la demanda a cada uno.

En la contestación a la demanda se exponen tanto las **excepciones procesales** como las **excepciones materiales**, lo que significa articular en ella todas las defensas que el demandado tenga contra la pretensión del demandante.

4711 La **formulación de oposición** por el demandado sigue un orden lógico y debe obedecer a una serie de **exigencias legales**:

1. El demandado puede, en primer lugar, **exponer las excepciones procesales**, es decir, la existencia de faltas o defectos en los presupuestos procesales y en los requisitos procesales de la demanda que impiden la válida existencia del proceso, de forma que este se debe cerrar sin que se pueda resolver sobre el fondo del asunto. Necesariamente ha de alegar estas excepciones en este momento procesal -por ejemplo, el defecto legal en el modo de proponer la demanda debe invocarse en la contestación a la demanda para ser debatida y resuelta en la audiencia previa ( AP Lleida 9-3-09, EDJ 195020 )-.

2. Además, puede **alegar en cuanto al fondo**, pero con mucha variedad, porque puede tener una actitud puramente negatoria de la demanda, pidiendo que la misma se desestime en el fondo; o puede tener una actitud positiva en el sentido de aportar las excepciones materiales en cuanto hechos que impiden, extinguen o excluyen el derecho del actor (nº 4713 s. ).

### 4713 Fondo

La contestación a la demanda en cuanto al fondo puede tener varios **contenidos**:

a) El demandado puede pedir la **absolución** sobre la base de que niega la demanda, sin aportar ningún material nuevo al proceso. Lo más normal es que, en este caso, se limite a la **negación de los hechos** que figuran en la demanda, convirtiendo dichos hechos en controvertidos y necesitados de prueba.

De hecho, se establece con claridad que el demandado debe, en la contestación a la demanda, **negar o admitir los hechos aducidos** por el actor ( LEC art.405.2 ).

Si los **admite**, los convierte en hechos admitidos que no requieren ya de prueba, incluso esta está excluida en esos casos.

Si **no se pronuncia** sobre los hechos en alguno de estos sentidos, el órgano judicial puede considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. Aunque debe tenerse en cuenta que se trata de una facultad del juzgador, no de una obligación ( AP León 20-1-04, EDJ 4289 ).

- 4714 **b)** El demandado puede, como se ha visto, **admitir los hechos constitutivos** de la demanda, bien de modo expreso o tácito, bien total o parcialmente -lo que debe hacer si no los niega-.

La **admisión expresa** de hechos implica que los mismos quedan ya fijados como ciertos y el órgano judicial debe considerarlos así en la sentencia. Si alcanza a **todos los hechos**, entonces el pleito queda reducido a una cuestión de Derecho que se resuelve sin necesidad de prueba ( LEC art.428.3 ). La admisión expresa puede constituir **allanamiento** si implica reconocimiento total y aquietamiento de las pretensiones del demandante, dándole la razón -aunque el allanamiento puede serlo también a parte de las pretensiones ejercitadas acumuladamente, o solo a una parte de la única pretensión ejercitada ( LEC art.405.1 ). La admisión de hechos puede **no suponer allanamiento** si el demandado pide la absolución total o parcial.

- 4715 La **admisión tácita** se produce cuando no hay negación de hechos, con la consecuencia ya expuesta.

Si se produce el **allanamiento**, el juez debe dictar sentencia de condena de acuerdo con lo solicitado por el actor -y si es **allanamiento parcial**, dictar auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de ese allanamiento siempre que sea posible un pronunciamiento separado sobre ellas que no prejuzgue las pretensiones no allanadas- ( LEC art.21 ). Ahora bien, el allanamiento debe ser objeto de **control judicial** para evitar que se produzca en fraude de ley, con renuncia del interés general o en perjuicio de tercero ( TS 30-6-09, EDJ 152970 ; AP Barcelona 19-3-10, EDJ 64221 ).

#### Precisiones

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manteniendo una consolidada doctrina, por la que sostiene que el **allanamiento de uno de los codemandados** no puede afectar a los demás, debiendo dictarse sentencia sobre la cuestión controvertida una vez que se practique la prueba (por todas, TS 18-10-07, EDJ 184357 ).

- 4716 **c)** El demandado, además de negar o admitir los hechos de la demanda, puede pedir la absolución sobre la base de que hay determinados hechos que demuestran que el demandante no tiene razón, de forma que, en estos casos, el demandado aporta material fáctico al proceso y amplía los términos del debate sobre la pretensión del demandante. Esta es la auténtica **oposición en el fondo** a la demanda. Frente a los hechos constitutivos, el demandado aportará los **hechos impositivos, extintivos y excluyentes**.

Se trata de las **excepciones materiales** o de fondo, que deben ser expuestas en la contestación a la demanda. No pueden ser introducidas después, en el curso del proceso ya que, en tal caso, se produciría una **modificación unilateral del objeto del proceso** que podría generar indefensión. Por esa razón se dispone que establecido el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no pueden alterarlo posteriormente ( LEC art.412.1 ; AP Baleares 20-2-09, EDJ 43550 ; AP A Coruña 4-10-06, EDJ 313113 ; AP Girona 14-9-06, EDJ 429433 ; AP Cantabria 26-7-04, EDJ 274277 ).

Todo ello, sin perjuicio de las **alegaciones complementarias**, o de **hechos nuevos** o de nueva noticia, permitidas en la ley ( LEC art.400.1 y 412.2 , en relación con LEC art.286 y 426 ; en este sentido, AP Castellón 10-3-08, EDJ 50816 ).

#### Precisiones

La **preclusión para la alegación de excepciones procesales y materiales** es absoluta en el caso de solo puedan ser apreciadas a instancia de parte, pero no cuando pueden ser apreciadas de oficio -de manera que la parte podría manifestarla al juez para que este la apreciara como si se hubiera dado cuenta por sí mismo- ( AP Girona 14-9-06, EDJ 429433 ; AP Cantabria 26-7-04, EDJ 274277 ).

- 4717 Por supuesto, la contestación a la demanda puede contener todas estas situaciones, puesto que se pueden negar algunos hechos, admitir otros, oponer excepciones procesales, oponer excepciones materiales. Y también puede ser que solo contenga una concreta actitud o solo algunas de ellas. El demandado va articulando sus defensas siempre en previsión de que no se vayan estimando, así, por ejemplo, articulará excepciones procesales y materiales para el caso de que se desestimen las primeras, lo que es actuar previsoramente a la luz del **principio de eventualidad**.

4720 A la contestación a la demanda se deben acompañar los documentos procesales señalados en LEC art.264 , y los documentos materiales señalados en LEC art.265 . Sin embargo, los documentos expresados en LEC art.266 solo se refieren a la demanda, no se aplican a la contestación a la demanda.

### 4721 Documentos procesales (LEC art.264)

Junto a la contestación a la demanda hay que aportar el **poder** que acredita la **representación procesal** del procurador, si la representación no se ha otorgado *apud acta* o por el turno de oficio, así como el documento acreditativo de la **representación legal** de la persona física y la consideración de órgano de la jurídica, y, aunque pueda no ser frecuente, el documento o dictamen en el que acredite el **valor de la cosa litigiosa**, siquiera sea a los efectos de justificar la inadecuación de procedimiento -la competencia se discutió previamente en la declinatoria-.

La **falta de aportación**, incluso después de transcurrido el plazo dado para la subsanación, no determina la inadmisión de la contestación a la demanda, sino que conduce a que dicho acto se tenga por no cumplimentado, de manera que si estamos ante un defecto que afecta a la comparecencia se declarará, por el letrado de la Administración de Justicia, la rebeldía ( LEC art.496 ). Y si es otro defecto, se tendrá por no contestada la demanda, aunque se tenga por personado al demandado.

### 4723 Documentos materiales (LEC art.265)

En cuanto a los documentos, dictámenes, informes, certificaciones, instrumentos, referidos a la cuestión material, cabe remitirse a lo señalado en relación con la demanda (nº 4625 s. ), pero advirtiendo que su **función** ahora es sustentar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes alegados como excepciones por el demandado, por lo que fundamentan la desestimación de la demanda. Estos documentos solo se necesitan si el demandado aporta hechos en la contestación, pero **no son necesarios** si se limita a negar o admitir los hechos aducidos por el demandante.

Si **no se adjuntan** a la contestación a la demanda la consecuencia es que precluye la posibilidad de que el demandado los aporte al proceso y ya no podrá hacerlo en un momento posterior.

### 4725 Excepciones a la aportación de documentos

Al igual que sucedía con la demanda, hay excepciones a la aportación de documentos en el momento de la contestación ( LEC art.265.2 en relación con LEC art.265.1.1º a 3º ).

Las partes, en este caso la demandada, no está obligada a la presentación junto con la contestación a la demanda exclusivamente en los casos en los que **no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos**, caso en el que podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación -se entiende que si en estos es posible pedir y obtener una copia fehaciente, el actor dispone de ella y deberá acompañarla a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se ha hecho referencia-.

Asimismo se aplican las excepciones reguladas en LEC art.270.1 **-hechos nuevos o de nuevo conocimiento** tras la contestación a la demanda y documentos que se han podido obtener antes, siempre que se hubiera hecho la designación del lugar donde se pueden obtener- y LEC art.271.1 -regla de **preclusión definitiva**, pues no cabe la aportación después de la audiencia de prueba, salvo lo dispuesto para las diligencias finales y salvo determinados documentos administrativos y resoluciones judiciales-.

### 4727 Aportación de copias (LEC art.273 y 275 )

Finalmente, a la contestación a la demanda han de acompañar tantas copias -de ella y de los documentos, instrumentos, dictámenes, etc., que se presenten- como **demandantes** haya.

Si **no se entregan**, la omisión se hará notar por el letrado de la Administración de Justicia a las partes, concediendo plazo de 5 días para que el demandado la subsane.

Si **no lo subsana** el letrado de la Administración de Justicia tendrá el escrito de contestación por no presentado y los documentos por no aportados, a todos los efectos.

## D. Reconvención

4735 Se trata de la demanda que el demandado inicial **-demandante reconvencional-** presenta contra el demandante inicial **-demandado reconvencional-**, de forma que introduce una **nueva pretensión** en el proceso, provocando una acumulación sucesiva de pretensiones, ante el mismo juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita, de forma que ambas se resolverán en la misma sentencia, que contendrá dos **pronunciamientos**.

La reconvención debe obedecer a la existencia de una **conexión** entre la pretensión inicial del demandante y la reconvencional del demandado.

### Precisiones

La **conexión objetiva** debe entenderse como la existencia de relación con los mismos hechos, con la *causa petendi* o relación jurídico material deducida por el demandante en su demanda ( AP Pontevedra 7-12-06, EDJ 362327 ; AP Madrid 17-5-05, EDJ 336859 ).

4736 Debe diferenciarse entre la **reconvención** y la **contestación a la demanda**, pues a veces una causa de oposición a la demanda puede formularse bien como excepción material, o bien como pretensión reconvencional. Aunque a veces puede ser difícil la distinción, lo que resulta claro es que en la reconvención hay siempre una causa de pedir y una petición que tendrá carácter declarativo, de condena o constitutivo, mientras que en la contestación a la demanda la única petición es la de que se desestime la demanda del actor.

4738 **Excepciones reconvencionales**  
(LEC art.408)

Especial referencia debe hacerse a las excepciones reconvencionales, porque pueden funcionar como excepciones o como reconvención.

Así, se contempla la posibilidad de que el demandado, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, alega la existencia de **crédito compensable** ( LEC art.408.1 ). Para garantizar el derecho de defensa del demandante se establece que dicha alegación puede ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado solo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar.

### Precisiones

No es necesario reconvener para alegar compensación si la **cuantía** por la que opera esta no es superior a la reclamada por el demandante ( AP Barcelona 25-4-07, EDJ 130569 ). Pero es necesaria la reconvención cuando se supera esa cuantía ( AP Las Palmas 15-10-04, EDJ 178476 ).

4739 Por otro lado, si el demandado aduce en su defensa hechos determinantes de la **nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión** o pretensiones del actor y en la demanda se dio por supuesta la validez del negocio, el actor puede pedir al letrado de la Administración de Justicia, que así lo acordará mediante decreto, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención ( LEC art.408.2 ).

### Precisiones

La alegación de la nulidad de pleno derecho como causa de oposición a la prosperabilidad de la demanda no precisa reconvención expresa, tal y como admite la LEC art.408.1 . Si bien la **nulidad relativa o anulabilidad** ha de ser pedida necesariamente por vía de acción -ejercitada en la demanda principal o en la demanda reconvencional-, la **nulidad radical o de pleno derecho** se puede hacer valer por vía de acción o por vía de excepción ( TS 15-2-80, EDJ 1149 ; 25-5-87, EDJ 4071 ; 6-10-88, EDJ 7742 ; 7-6-90, EDJ 6014 ; 19-11-94, EDJ 9013 ; AP Zamora 22-1-10, EDJ 52357 ; AP Madrid 9-7-10, EDJ 183134 ).

4740 La **sentencia** que en definitiva se dicte en los dos casos anteriores ha de resolver sobre los puntos a que se refiere la LEC art.408.1 y 2 , y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada.

#### 4742 Tramitación

La reconvencción se interpone en el juicio ordinario en el mismo **plazo** de 20 días. Si bien nada impide no contestar y reconvenir, lo usual es que a continuación de la contestación y debidamente separada respecto de esta, en el mismo escrito, por **otrosí**, se realice la reconvencción.

La reconvencción es una **demanda** por lo hay que estar a lo dispuesto en LEC art.399 para lo referido a su forma y contenido (nº 4555 s. ), y ha de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considera formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su **absolución** respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal.

#### Precisiones

**1)** Cualquier **otra pretensión** del demandado que no sea la de su absolución parcial o total debe ser efectuada por la vía de la reconvencción ( AP Barcelona 24-1-07, EDJ 71111 ).

**2)** La LEC prohíbe la **reconvencción implícita** ( AP Barcelona 30-12-08, EDJ 374834 ; AP Murcia 12-11-08, EDJ 343345 ; AP Sta. Cruz de Tenerife 4-7-05, EDJ 141904 ; AP Jaén 3-3-04, EDJ 15575 ; entre otras). Que no se permitan reconvencciones implícitas en la LEC solo tiene por objeto garantizar el derecho de defensa para que el afectado por esa solapada petición pueda ejercer una adecuada defensa frente a un hecho concreto y plenamente identificado que le permita alegar y proponer prueba ( AP Valladolid 28-4-10, EDJ 111419 ).

**4743** A la reconvencción se aplica lo dispuesto para la demanda en LEC art.400 , en referencia a la necesidad de invocar en ella todos los **hechos o fundamentos o títulos jurídicos** que puedan fundamentar la pretensión reconvenccional y que sean conocidas al tiempo de reconvenir ( LEC art.406.4 ). En general, se aplica todo lo expuesto en relación con la demanda en nº 4645 s. , a donde nos remitimos.

#### 4745 Jurisdicción y competencia

El **órgano judicial** ante el que se presenta la reconvencción es el mismo que conoce de la demanda principal. Por ello, para que la reconvencción sea admisible el órgano judicial que está conociendo de la pretensión inicial debe ser también competente objetivamente por razón de la materia o de la cuantía para conocer de la reconvencción.

Del mismo modo, la reconvencción debe inadmitirse cuando la acción que se ejercite en ella deba ventilarse en **juicio de diferente tipo o naturaleza**, aunque puede ejercitarse mediante reconvencción la acción conexa que, por razón de la cuantía, debiera ventilarse en juicio verbal ( LEC art.406.2 ).

La **competencia territorial** puede resultar alterada respecto de la que sería si la reconvencción se interpusiera como demanda principal, pero ello solo es posible si se trata de competencia territorial disponible.

#### 4747 Legitimación

Además de la conexión objetiva, hay que hablar de lo que pudiera llamarse «**conexión subjetiva**», no ya porque quien pretenda reconvenir, lógicamente, ha de ser la misma persona que como demandado figure en la demanda, sino también porque ha de hacerlo con el mismo carácter o condición con el que fue llamado al proceso. Es decir, que demandada una persona en su condición de titular del derecho en litigio, no puede reconvenir en otro diferente, ya que ello supondría una alteración del requisito de la legitimación pasiva establecido en la demanda y aceptado por el mismo al contestar. Por ello no puede reconvenir más que quien fue demandado y con la legitimación aceptada ( AP Asturias 4-2-08, EDJ 116224 ).

La reconvencción puede formularse también **contra sujetos no demandantes**, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenccional, de la que se dará traslado a los reconvenidos, para que la contesten en el plazo de 20 días, contestación que debe ajustarse a lo dispuesto para la contestación a la demanda ( LEC art.407.1 y 2 ).

#### Precisiones

**1)** No se puede **reconvenir contra otro codemandado** ( TS 21-5-08, EDJ 82705 ; AP Barcelona 9-3-06, EDJ 283580 ; AP Salamanca 14-2-06, EDJ 46515 ).

**2)** No puede dirigirse la reconvencción contra quien **no tiene la condición de demandante** y, por lo tanto, procede revocar la condena, que trae causa de la demanda reconvenccional a quien no se tuvo por parte en primera instancia, ni intervino en ella, todo ello con base en los principios dispositivo y de congruencia ( AP Valencia 12-2-10, EDJ 100777 ).

#### 4749 Contestación a la reconvencción

El reconvenido puede contestar a la reconvenición en el **plazo** de 20 días a partir de la notificación de la demanda reconvenicional. Esta contestación se ajustará a lo dispuesto en la LEC art.405 .

### E. Presentación y traslado de la contestación y documentos al demandante

(LEC art.273 , 275 y 277 )

**4755** Todos los profesionales de la justicia están **obligados** al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieran. El **incumplimiento del deber** del uso de las tecnologías previsto en la Ley o de las especificaciones técnicas que se establezcan conllevará que el letrado de la Administración de Justicia conceda un plazo máximo de 5 días para su subsanación. Si no se subsana en este plazo, los escritos y documentos se tendrán por no presentados a todos los efectos.

Cuando las partes estuvieran **representadas por procurador**, cada uno de estos deberá trasladar a los procuradores de las restantes partes las copias de los escritos y documentos que presente al tribunal.

El **traslado de copias** de los escritos y documentos presentados de forma telemática, se hará por medios telemáticos de forma simultánea a la presentación y se entenderá efectuado en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que el traslado tenga lugar en **día y hora inhábil** a efectos procesales conforme a la ley se entenderá efectuado el primer día y hora hábil siguiente.

El letrado de la Administración de Justicia **no admitirá** la presentación de escritos y documentos si no consta que se ha realizado el traslado de las copias correspondientes a las demás partes personadas.

### V. Audiencia previa al juicio

<b>4760</b>	A. Asistencia de las partes	4770
	B. Desarrollo: estructura y contenido	4780

**4761** Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el letrado de la Administración de Justicia, dentro del tercer día, convocará a las partes a una **audiencia**, que ha de celebrarse en el plazo de 20 días desde la convocatoria ( LEC art.414.1 ).

Para la **subsanación** de los posibles defectos del escrito de contestación, se aplica lo dispuesto en LEC art.404.2.2 ( LEC art.405.4 ).

De lo dicho se desprende que el **letrado de la Administración de Justicia**:

- debe examinar la **corrección del escrito de contestación**, en el sentido de comprobar que se ajusta a lo establecido en LEC art.405 en lo que se refiere a la forma y redacción -que es la misma que la prevista para la demanda-, y que concurren los requisitos de capacidad y postulación;

- que si se detectan **defectos** formales en el escrito de contestación y esos defectos son subsanables, el letrado de la Administración de Justicia debe conceder un plazo al demandado para que proceda a la subsanación.

Si se produce la **subsanación**, el proceso continúa sin más. Y si no se produce, no parece que proceda dar cuenta al juez, pese a la remisión a la LEC art.404.2.2 .

Ello es así porque no es posible inadmitir el escrito de contestación, incluso en los casos en que presente **defectos insubsanables o subsanables no subsanados** en plazo. Si el defecto insubsanable o no subsanado afecta a la personación del demandado -falta de postulación técnica, por ejemplo- se debe tener al demandado por no comparecido, declaración de rebeldía que efectúa el letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.499 ). Si se trata de otros defectos -por ejemplo, falta de claridad-, ello influirá, en su caso, en la decisión judicial del caso.

#### **4763** Finalidad

La audiencia previa del juicio ordinario tiene varias finalidades que enlazan con el cumplimiento de determinados objetivos en la tramitación del proceso civil para hacerlo más eficaz y efectivo. En este sentido, se trata de establecer un trámite en el que se pueda ver la posibilidad de evitar la **continuación del proceso**, cuando este vaya a carecer de sentido, y, en el caso de que haya de continuar, que lo haga en las condiciones más eficientes posibles. En este sentido, se establece que en la audiencia previa se llevarán a cabo los siguientes **trámites** ( LEC art.414 ):

- a) Intentar **un acuerdo o transacción** entre las partes que ponga fin al proceso.

- b) Procede a examinar las faltas, defectos u omisiones de los **presupuestos y requisitos procesales** que pudieran impedir la continuación del proceso y su terminación mediante sentencia sobre el fondo del asunto.
- c) Concretar y fijar con precisión el **objeto del proceso**, así como el **objeto de debate** sobre la pretensión, aclarando los puntos sobre los que hay acuerdo de las partes y los extremos, de hecho o de Derecho, sobre los que persiste la controversia entre ellas.
- d) Proposición y admisión de la **prueba**.

## A. Asistencia de las partes

4770 Las partes han de comparecer en la audiencia asistidas de **abogado** ( LEC art.414.2 ).

Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes **no concurren personalmente**, sino a través de su procurador, han de otorgar a este poder para renunciar, allanarse o transigir.

Si **no concurren personalmente ni otorgan poder**, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.

Si **no comparece a la audiencia ninguna de las partes**, se levanta acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dicta auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

También se sobresee el proceso si a la audiencia **solo concurre el demandado** y no alega interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo.

Si es el **demandado quien no concurre**, la audiencia se entiende con el actor en lo que proceda.

Si **falta a la audiencia el abogado del demandante**, se sobresee el proceso, salvo que el demandado alegue interés legítimo en la continuación del procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo.

Si **falta el abogado del demandado**, la audiencia se sigue con el demandante en lo que proceda.

4771 Por tanto, es obligatoria la presencia de los abogados de las partes, pero no es necesaria la comparecencia por medio de procurador cuando la parte comparezca personalmente, pero, a los efectos del **intento de conciliación**, arreglo o transacción, si comparece a través de procurador debe este tener poder otorgado para poder renunciar, allanarse o transigir. Y si no concurren ni personalmente ni por medio de procurador con este poder, se les tendrá por no comparecidos, pero no se sobreseerá la causa cuando se trate del demandante, como si ocurre cuando quien no asiste es el abogado del mismo.

### Precisiones

**1) La falta de poder del procurador** para renunciar, allanarse o transigir, solo puede conducir a no tener por personada a la parte cuando esta no comparece personalmente, pues es una alternativa: comparecer por sí misma o por medio de procurador con poder de las características dichas ( AP Alicante 11-7-07, EDJ 355145 ; AP Madrid auto 3-5-06, EDJ 100895 ).

**2) En cuanto a la falta de poder especial**, la AP Valencia 23-2-10, EDJ 111011 recoge la disparidad de opiniones existente:

- es un defecto insubsanable;
- la sanción por no presentar poder especial no debe ser ni el sobreseimiento del proceso ni la declaración de rebeldía;
- siendo que el poder especial debe contener las funciones conciliadoras, a salvo de la presencia en la audiencia previa del litigante de forma personal, el incumplimiento de esta obligación ha de considerarse subsanable.

## B. Desarrollo: estructura y contenido

4780	1. Intento de acuerdo	4785
	2. Excepciones procesales	4795
	3. Delimitación del objeto del proceso y del objeto del debate	4815
	4. Proposición y admisión de prueba	4835
	5. Citación a juicio	4850

### 1. Intento de acuerdo

4785 Comparecidas las partes el órgano judicial declara abierto el acto y se da paso al intento de arreglo o transacción entre las partes para evitar la continuación del proceso. En atención al objeto del proceso, el órgano judicial puede



invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa ( LEC art.414.1 y 415 ).

La LEC contempla diversas **situaciones** en este momento procesal:

- que las partes le informen de que han llegado ya a un acuerdo antes de la audiencia previa (nº 4786 );
- la segunda es que se muestren dispuestas a concluir un acuerdo de inmediato para terminar con el proceso (nº 4788 ).

#### 4786 Acuerdo anterior a la audiencia previa

El acuerdo previo implica que el demandante ha **renunciado al derecho material o desistido del proceso** con consentimiento del demandado -casos regulados en LEC art.20 - y se dicta auto de sobreseimiento.

En otros casos, lo que hay es una negociación que implica un **acuerdo transaccional** que puede ser homologado judicialmente a petición de las partes. En este caso, el órgano judicial examina previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto, hecho lo cual dicta auto homologando la transacción.

#### 4788 Acuerdo en la audiencia previa

También puede ocurrir que las partes se muestren dispuestas a llegar a un acuerdo en la audiencia previa. En este caso, el órgano judicial promueve la **conciliación** entre ellas para tratar de alcanzar ese acuerdo. En el primer caso, el acuerdo se homologa judicialmente, y en el segundo se continúa con la audiencia previa para las demás finalidades. El órgano judicial debe comprobar que concurren en las partes o sus representantes los **requisitos** de capacidad jurídica y de poder de disposición, para luego oficiar sobre el intento de arreglo, facilitando el acuerdo entre las partes, pero sin llegar a formular propuestas de arreglo.

Tanto si el órgano judicial homologa un acuerdo previo (nº 4786 ), como si homologa el acuerdo alcanzado en la conciliación celebrada en la audiencia previa, lo que siempre hará por auto, ese **acuerdo homologado judicialmente** surtirá los efectos atribuidos por la ley para la transacción ( CC art.1816 ) y podrá llevarse a cabo por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados ( LEC art.415.2 y 517.1.3ª ).

El auto que aprueba la transacción es **título ejecutivo**, pero no produce efectos de cosa juzgada porque puede impugnarse, por las causas y formas previstas para la transacción judicial, que no son otras que invocando las causas que invalidan los contratos en un juicio ordinario.

#### 4790 Solicitud de suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje

Por último, puede ocurrir que las partes de **común acuerdo** soliciten la suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje.

Cuando se suspenda el proceso para acudir a mediación, terminada la misma con resultado negativo, cualquiera de las partes puede solicitar el **alzamiento de la suspensión** y el señalamiento de fecha para la continuación de la audiencia.

## 2. Excepciones procesales

(LEC art.416 a 425 )

4795 Si no hay acuerdo previo o conciliación con avenencia en la audiencia previa, esta continúa para que el órgano judicial resuelva sobre las circunstancias, cualesquiera que puedan ser, que impedirían la válida prosecución y término del proceso mediante **sentencia de fondo** ( LEC art.416.1 ).

**No se puede analizar** en la audiencia previa:

- la excepción de compensación, porque no es procesal ( AP Sevilla 15-4-08, EDJ 220693 );
- la legitimación *ad causam* al tratarse de cuestión referida al fondo ( AP Barcelona 16-3-10, EDJ 124783 );
- la prescripción porque es una excepción material ( AP Madrid auto 14-10-04, EDJ 205177 ) y no puede ser apreciable nunca de oficio ( AP A Coruña 4-10-06, EDJ 313113 , entre otras).

Tampoco es posible suscitar cuestiones referidas a la **jurisdicción** y la **competencia**, porque estas deben proponerse por medio de la declinatoria ( LEC art.63 s. ). Ello no impide que el órgano judicial pueda pronunciarse de oficio en este momento sobre la falta de jurisdicción o competencia.

#### 4796 Enumeración y orden de examen

La audiencia previa puede versar sobre cinco **cuestiones procesales**, teniendo en cuenta que el demandado las ha debido poner de manifiesto como excepciones procesales en la contestación a la demanda:

1. Falta de **capacidad** de los litigantes o de **representación** en sus diversas clases.
2. **Cosa juzgada o litispendencia**.
3. Falta del debido **litisconsorcio**.
4. Inadecuación del **procedimiento**.
5. Defecto legal en el **modo de proponer la demanda** o, en su caso, la reconvención, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca.

4797 Cuando la audiencia verse sobre **varias circunstancias** de las mencionadas, se examinarán y resolverán por el orden en que aparecen en LEC art.418 s.

Siendo más de una las cuestiones procesales debatidas, el órgano judicial puede decidir las en un **mismo auto**, que debe dictarse en el plazo de 5 días desde la terminación de la audiencia ( LEC art.417.2 ). Asimismo, con carácter especial, alguna norma posterior permite decidir una cuestión procesal por auto y después de terminada la audiencia ( LEC art.420.2 ).

#### Precisiones

Hay que aclarar que alguna resolución judicial señala que la referencia al **litisconsorcio necesario**, aunque luego se desarrolle en la LEC art.420 solo en relación con el litisconsorcio pasivo necesario, debe incluir la posibilidad de tratar sobre la integración del litisconsorcio activo necesario, figura extraña en la práctica, pero que ha sido admitida en algunos casos por el Tribunal Supremo, y el juez debe otorgar plazo para la integración del mismo, por analogía con LEC art.420 ( AP Zaragoza auto 18-11-05, EDJ 205914 ).

No obstante, la LEC art.425 delata el carácter abierto de la enumeración recogida en LEC art.416.1 al hablar de la posibilidad de sanear **cuestiones análogas** a las allí mencionadas, por ejemplo, la excepción de caducidad, aunque su carácter, igual que el de la cosa juzgada, sea mixto, es decir, procesal y de fondo, por lo que solo podrá resolverse, incluso apreciándose de oficio, si se dispone en la audiencia previa de los elementos de juicio necesarios para determinar si hay o no caducidad ( AP Madrid 23-5-05, EDJ 933948 ).

4798 No hay que olvidar que el **demandante** puede suscitar en la audiencia previa determinados defectos o faltas de requisitos o presupuestos procesales que afectan al demandado, ya que este es el primer momento procesal oportuno en que puede hacerlo.

#### 4799 Defectos de capacidad o representación de los litigantes

(LEC art.418)

Si el demandado alegó en la contestación o, conforme a lo dicho, el actor adujo en la audiencia defectos de capacidad o representación que afectan al demandado, que sean subsanables o susceptibles de corrección, se pueden **subsana** o **corregir** en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concede para ello un plazo, no superior a 10 días, con suspensión, entre tanto, de la audiencia.

Si **se subsana**, la audiencia previa continúa.

Si **no se subsanan los defectos referentes al demandante**, se dicta auto poniendo fin al proceso.

Si **no se subsanan los defectos referidos al demandado**, se le declara en rebeldía por el órgano judicial, sin que quede constancia en autos de las actuaciones llevadas a cabo.

De la misma manera se actúa en caso de **defectos insubsanables**, solo que sin dar plazo de subsanación.

Resueltas las cuestiones sobre capacidad y representación, se pasa a examinar, si es el caso, la cuestión de indebida acumulación de pretensiones.

#### 4800 Acumulación objetiva o subjetiva de acciones

(LEC art.419)

Si en la demanda se hubieran acumulado diversas pretensiones ( LEC art.71 a 73 ) y el demandado se hubiera opuesto motivadamente a la misma en la contestación a la demanda, el órgano judicial, oyendo previamente al actor en el mismo acto de la audiencia previa, resolverá oralmente sobre la **procedencia y admisibilidad** de la acumulación.

La audiencia y el proceso continúan respecto de la pretensión o pretensiones que puedan constituir el objeto del proceso.

El **control** de la acumulación puede realizarse de oficio, bien en el momento de la admisión de la demanda ( LEC art.73.4 ), bien en el de la audiencia previa.

#### 4801 Falta de litisconsorcio pasivo necesario

(LEC art.420)

Cuando el demandado haya opuesto en la contestación a la demanda la **excepción procesal** de falta del debido litisconsorcio necesario, el actor puede reconocer que dicho litisconsorcio existe u oponerse a él:

- Si **reconoce que existe**, presentará en la misma audiencia previa escrito, dirigiendo la demanda contra los sujetos que el demandado consideró en la contestación que debían ser sus litisconsortes, y el órgano judicial, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así en resolución oral y ordenará emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia. En esta adición de demandados litisconsortes, el demandante solo podrá hacer las adiciones que no impliquen modificación sustancial del objeto del proceso y que sean imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados. Contestada la demanda se reanuda la audiencia previa y continúa el juicio su curso.
- Si el actor **se opone** a la existencia de litisconsorcio necesario, el órgano judicial oír a las partes sobre este punto y decidirá en el acto oralmente, salvo que la dificultad o complejidad del asunto aconseje resolver por escrito mediante auto, en el plazo de 5 días, sobre la concurrencia del mismo, continuando la audiencia previa para las demás finalidades.

4802 Parece que el órgano judicial puede suscitar **de oficio** la falta de litisconsorcio pasivo necesario, caso en el que sin más trámite concederá al demandante el plazo que estime oportuno para constituirlo, nunca inferior a 10 días, debiendo los nuevos demandados contestar a la demanda en el plazo previsto en LEC art.404 , quedando suspendida mientras tanto la audiencia previa. Si el actor **deja transcurrir el plazo** sin presentar el escrito dirigiendo la demanda contra los litisconsortes -con sus copias y documentos-, el órgano judicial dictará auto poniendo fin al proceso, con archivo definitivo de las actuaciones. Si el demandante **no acredita haber constituido el litisconsorcio** se pone fin al procedimiento mediante auto y se procede al archivo definitivo de las actuaciones.

#### Precisiones

1) La LEC determina el **examen preliminar de la falta de litisconsorcio pasivo necesario** en congruencia con su carácter fundamental para la debida integración de la parte pasiva del proceso, el respeto al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva de quienes deben ser llamados como parte en un juicio que afecta a sus derechos y obligaciones ( AP A Coruña 9-9-09, EDJ 230362 ).

2) La estimación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la sentencia no puede conducir a la desestimación de la demanda, sino a la **retroacción de actuaciones** a la fase de la audiencia previa para que se dé la oportunidad al demandante de subsanarla, siendo así que el demandando la excepcionó correctamente en tiempo y forma, es decir, en la contestación a la demanda ( AP A Coruña 9-9-09, EDJ 230362 ; AP Córdoba 28-4-06, EDJ 262848 ; AP Toledo 17-6-03, EDJ 63518 ).

#### 4803 Litispendencia o cosa juzgada

(LEC art.421)

La litispendencia o la cosa juzgada pueden haber sido opuestas como excepción procesal por el demandado al contestar la demanda o pueden ser suscitadas de oficio por el órgano judicial. Sobre ellas **debe resolverse** oralmente en la audiencia misma, o, si la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas lo aconseja, mediante auto dictado en los 5 días siguientes a la audiencia que proseguirá para las restantes finalidades.

Si es necesario resolver sobre alguna **cuestión de hecho**, las actuaciones oportunas han de practicarse en ese plazo.

Si el órgano judicial **resuelve oralmente** estimar la excepción de litispendencia o cosa juzgada, da por finalizada la audiencia, y debe dictar expresamente auto de sobreseimiento en el plazo de los 5 días siguientes.

Si, por la dificultad o complejidad de la cuestión, se **resuelve directamente por auto**, en el mismo se realizará la declaración de sobreseimiento.

En todo caso, si lo que se aprecia es el **efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada** no se podrá sobreseer, sino ordenar la continuación de la audiencia o del proceso, siendo vinculante la decisión del proceso previo ( LEC art.222.4 ).

La **función positiva** de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido. No se exige que concurren las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior ( TS 17-6-11, EDJ 130884 ).

La **finalidad** perseguida es evitar pronunciamientos contradictorios incompatibles con el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, con el derecho a la tutela efectiva cuando se está ante una sentencia firme que afecte a materias indisolublemente conexas con las que son objeto de un pleito posterior ( TS 5-3-15, EDJ 21545 ).

Si **se desestima** la existencia de litispendencia o de cosa juzgada y se resuelve en la propia audiencia se ordenará la continuación de la misma para las restantes finalidades; si se declara en el auto posterior, se ordenará la continuación del proceso por sus trámites ordinarios. Será la audiencia probatoria.

#### 4804 Inadecuación de procedimiento

(LEC art.422)

Si la alegación de inadecuación de procedimiento formulada en la contestación a la demanda se funda en disconformidad con el **valor de la cosa litigiosa** o con el modo de calcular, según las reglas legales, el interés económico de la demanda, el órgano judicial oír a las partes en la audiencia y resolverá en el acto lo que proceda, ateniéndose, en su caso, al acuerdo al que pudieran llegar las partes respecto del valor de la cosa litigiosa.

A **falta del acuerdo** de las partes sobre el valor de la cosa litigiosa, será el órgano judicial el que tome la decisión que proceda sobre la marcha, en la misma audiencia, a la vista de los documentos, informes, y otros elementos útiles para calcular el valor, aportados por las partes.

Si procede el **juicio verbal**, el juez pone fin a la audiencia previa y se señalará fecha para la vista de dicho juicio, salvo que la demanda aparezca interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia establezca la ley, caso en que se sobresee el proceso.

Recordemos que la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía puede ser controlada **de oficio** conforme a LEC art.254 .

4805 Cuando la excepción se funde en no corresponder el proceso que se sigue a la **materia objeto del proceso**, el órgano judicial, oídas las partes en la audiencia, puede decidir motivadamente en el acto lo que estime procedente y si considera infundada la alegación, la audiencia proseguirá para sus restantes finalidades. Si la cuestión suscitada es compleja el órgano judicial puede decidir lo que proceda sobre el procedimiento a seguir, dentro de los 5 días siguientes a la finalización de la audiencia, dictando auto al efecto -el mismo que resolverá, en su caso, sobre el litisconsorcio necesario, la cosa juzgada y la litispendencia-, pero la audiencia proseguirá para las demás finalidades.

En caso de que proceda esa **transformación**, el letrado de la Administración de Justicia cita a las partes para la vista, salvo que la demanda aparezca interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley, caso en que se sobresee el proceso, sobreseimiento que también se dispone si, al iniciarse la vista, no aparecen cumplidos los requisitos especiales que las leyes exijan por razón de la materia para la admisión de la demanda.

Recordemos que la inadecuación del procedimiento por razón de la materia puede ser controlada **de oficio** conforme a LEC art.254 .

#### 4806 Demanda o reconvención defectuosas

(LEC art.424)

Los **defectos** que pueden invocarse son la falta de claridad y precisión en la determinación de las partes y en la determinación de la pretensión, lo que debe entenderse referido a la petición -pues si afecta a la causa de pedir debe conducir a la desestimación, no a la inadmisión de la demanda-.

Alegado el defecto, la parte contraria puede efectuar las **aclaraciones o precisiones** oportunas, que nunca pueden llegar a suponer que la demanda o la reconvención se dirijan contra personas distintas de las citadas a la audiencia, ni que se altere la petición de modo sustancial y a continuación se debe permitir la subsanación. Si **no se formulan** esas aclaraciones o precisiones, el órgano judicial decretará, en el acto y por resolución oral, el sobreseimiento del proceso inicial o del proceso acumulado por el reconviniente, si bien solo en el caso de que sea imposible determinar en qué consiste la petición del actor o del reconviniente, o frente a qué sujetos jurídicos se entiende formulada la pretensión, ordenando la continuación de la audiencia y del proceso en caso contrario.

Los defectos también pueden ser apreciados **de oficio** por el órgano judicial.

Solo es posible decretar el **archivo o sobreseimiento** cuando no se realicen las aclaraciones y precisiones interesadas por el órgano judicial, pero siempre y cuando, pese a la desidia de la parte actora en cumplir el requerimiento judicial, fuese absolutamente imposible determinar las pretensiones que contiene el suplico de la demanda, es decir, que no bastaría una situación de indeterminación o confusión relativa, sino que ha de ser plena y absoluta. De modo que solo se puede inadmitir en aquellos supuestos que exijan un esfuerzo excepcional, extraordinario y especial al órgano judicial, y a la parte demandada, para conocer las pretensiones que constituyen y conforman la demanda ( AP Sevilla auto 4-9-09, EDJ 298146 ).

#### 4807 Otras excepciones procesales

(LEC art.425)

La resolución de circunstancias alegadas o puestas de manifiesto de oficio, que no se hallen comprendidas en LEC art.416 , debe acomodarse a las reglas establecidas para las **análogas**. Con ello se pretende que cualquier otra cuestión procesal que pueda obstar a que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto quede resuelta en la audiencia previa.

La doctrina conviene en que una de esas cuestiones puede ser la **legitimación** de las partes en los excepcionales casos en los que cabe la posibilidad de debatir y de resolver sobre ella de modo previo, por ejemplo, en la legitimación extraordinaria, la legitimación ordinaria respecto de situaciones jurídicas y legitimación ordinaria de la que se exige legalmente su acreditación inicial. También entraría aquí el examen de la **falta de reclamación administrativa previa** que es, como se ha dicho, subsanable.

#### 4808 Recursos

Cuando se dicta **auto de sobreseimiento**, por su carácter definitivo, puede ser recurrido en apelación. Pero si lo que hay es una **resolución oral** que estima o desestima alguna excepción sin impedir la continuación de la audiencia ni del proceso, lo que procede es consignar en el acta la protesta a los efectos de poder recurrir en apelación por este motivo la sentencia que se dicte.

Contra el **auto que decide la continuación del proceso**, cabe recurso de reposición y contra el que decida este no cabe apelación directa sino diferida, es decir, al recurrir la sentencia definitiva.

### 3. Delimitación del objeto del proceso y del objeto del debate

(LEC art.426 a 428 )

4815 La audiencia previa continúa si no se han estimado todas las excepciones procesales y cerrado el proceso, con la función de delimitar y aclarar los puntos dudosos que pueda haber en las respectivas alegaciones de las partes, de manera que se clarifique lo más exactamente posible tanto el objeto del proceso, la **pretensión**, como el objeto del debate -es decir la amplitud y los términos en que se va a discutir sobre la pretensión-. En esta función se comprenden una serie de actividades diferentes, pero conectadas entre sí y que pueden ser consecuencia unas de otras.No debe olvidarse que el objeto del proceso queda fijado exclusivamente por el demandante -y, en su caso, por el reconvincente-, que es quien formula la pretensión.

El demandado no formula pretensión alguna -salvo que reconvenga-, y lo que hace es oponerse a la pretensión del demandante, de manera que cuando esa **oposición** implica la alegación de excepciones materiales, lo que hace es contribuir a delimitar no tanto el objeto del proceso cuanto el objeto o ámbito de discusión sobre la pretensión.

#### 4816 Aclaración y complemento de las alegaciones iniciales

(LEC art.426.1, 2 y 6)

En la audiencia previa, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus **pretensiones** ni los **fundamentos** de estas expuestos en sus escritos, pueden efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, así como aclarar las alegaciones que hubieran formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar estas ni sus fundamentos. Estamos ante una actividad que es iniciativa de las partes y que sirve, sobre todo, para que el demandante se posicione materialmente frente a la contestación a la demanda, y lo mismo respecto del demandado reconviniente y la contestación a la reconvencción.

Queda en todo caso sometida la **admisibilidad de las peticiones accesorias o complementarias** a la conformidad de la parte contraria o a que su planteamiento no impida a esta ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad ( AP Burgos 10-7-09, EDJ 151815 ; AP Madrid 28-9-07, EDJ 218265 ).

Igualmente es posible que el demandante **suprima o reduzca** alguna de las pretensiones iniciales, pues encaja en los casos de renuncia o desistimiento ( AP Valencia 27-4-05, EDJ 88965 ).

Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente ( LEC art.412 ). Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de formular **alegaciones complementarias**. Como determina la doctrina, el objeto procesal queda fijado y determinado por la demanda, contestación y reconvencción y luego ya no es posible modificado, salvo cuando la ley lo autorice (hechos nuevos de relevancia para la solución del pleito). No se produce la *mutatio libelli* por las alegaciones complementarias. La prohibición de la mutación de la pretensión tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión ( AP Ávila 24-1-14, EDJ 8183 ).

**4817** El órgano judicial puede también requerir a las partes para que realicen las **aclaraciones o precisiones necesarias** respecto de los hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda o contestación. Si tales aclaraciones o precisiones no se efectúan, el órgano judicial les advertirá de que puede tenerlos por conformes con relación a los hechos y argumentos aducidos de contrario.

**4819** **Peticiones accesorias o complementarias**  
(LEC art.426.3)

En la audiencia previa, el actor o el reconviniente pueden formular peticiones accesorias o complementarias, dependientes de la primera o principal.

Si la **parte contraria está conforme** se admitirá tal petición accesorias o complementaria sin más, y sobre ella habrá de resolverse en la sentencia.

Si la **parte contraria se opone**, el órgano judicial decidirá sobre su admisibilidad, debiendo admitirla solo cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad.

#### Precisiones

**1)** Si se admiten alegaciones del demandante que exceden del carácter accesorio o complementario, al introducirse una **nueva acción principal**, la consecuencia es que dichas alegaciones deben tenerse por no efectuadas ( AP Valencia 29-9-06, EDJ 392573 ), sin que pueda resolverse sobre ellas ( AP Cádiz 20-12-04, EDJ 272794 ; AP Barcelona 9-9-03, EDJ 176279 ).

**2)** Cabe introducir pretensiones complementarias del demandante originadas por, estando relacionadas con la principal, obedecer a **hechos que no habían sucedido al tiempo de interponer la demanda**, sino después, siendo así que las partes pudieron en la audiencia previa hacer alegaciones y proponer pruebas sobre dicha cuestión, como de hecho hicieron a lo largo del juicio ( AP Zamora 18-12-06, EDJ 392812 ; AP Granada 28-10-05, EDJ 304301 ).

**4821** **Hechos nuevos o de nuevo conocimiento**  
(LEC art.426.4)

Es posible que en el momento que media entre el correspondiente acto de alegación y la celebración de la audiencia previa, hayan sucedido hechos nuevos que tienen **relevancia para fundamentar la pretensión** -demandante, reconvigente- o la resistencia -demandado, reconvenido-, o que se hayan conocido en ese lapso temporal hechos anteriores al respectivo acto de alegación, pero desconocidos hasta entonces. Ambas clases de hechos pueden aportarse en la audiencia previa, siendo de aplicación lo dispuesto en LEC art.286 , es decir, en lo que resulta de aplicación, la **parte contraria** debe pronunciarse sobre si admite el hecho o lo niega, pudiéndose alegar lo que resulte necesario para aclararlo o desvirtuarlo.

El **órgano judicial** debe rechazar los hechos nuevos o de nuevo conocimiento si la parte que los aporta no acredita debidamente la novedad o el desconocimiento anterior y, en este caso, que no hubo manera de aportarlos en los momentos ordinarios ( LEC art.286.4 ).

**4823** **Aportación de documentos y dictámenes**  
(LEC art.426.5)

En la audiencia previa se pueden aportar los documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las **alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos** a que se ha hecho referencia más arriba.

A la presentación de **documentos** se les aplica lo establecido en LEC art.267 (documentos públicos) y LEC art.268 (documentos privados). Ver al respecto lo expuesto en nº 4175 s.

A la aportación de **dictámenes** se les aplica lo dispuesto en LEC art.427.3 y 4 (nº 4325 s. ), en una incorrecta ubicación sistemática, y que establecen que en los casos de los tres primeros números de la LEC art.426 , se permite que las partes expresen su necesidad de aportar al proceso algún dictamen pericial, lo que deben hacer con 5 días al menos de antelación al juicio ( LEC art.338.2 ).

Asimismo, en esos casos las partes pueden manifestar en la audiencia, que, en vez de aportar dictamen realizado por perito de su libre **designación**, piden la designación por el órgano judicial de un perito que dictamine, resolviéndose sobre esta petición conforme a lo establecido en LEC art.338 s.

4824

#### Precisiones

1) Cabe aportar los **documentos** que, sin contrariar los hechos establecidos, se limitan a **aclarar y completar** los que se expresan en la demanda o en la contestación ( AP Madrid 28-9-07, EDJ 218265 ), así como aquellos, sobre el **fondo** del asunto, cuyo interés o relevancia solo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda ( TS 2-10-09, EDJ 234635 ; AP Palencia 10-9-10, EDJ 194077 ; AP Lugo 9-5-08, EDJ 187110 ; AP Madrid 9-1-08, EDJ 15392 ; AP Guadalajara 14-12-07, EDJ 316999 ).

2) En relación con la **aportación de dictámenes periciales** en la audiencia previa:

- No cabe admitir, por contravenir la LEC art.337 , el dictamen aportado por la demandada **después de la audiencia previa**, aun cuando anunció en el escrito de contestación a la demanda que lo entregaría, pues la admisión causaría indefensión al demandante ( AP Alicante 15-2-07, EDJ 101443 ).
- La **complejidad del caso** puede justificar que la parte demandada no aporte el dictamen pericial en el acto de contestación, siempre que lo anuncie y, conforme a la excepción prevista en LEC art.337 , lo aporte antes del acto de la audiencia previa ( AP Málaga 31-1-07, EDJ 64493 ).
- Se deben admitir en la audiencia previa los dictámenes aportados por la demandante como consecuencia de los **datos resultantes de la contestación a la demanda**, pues está dentro del plazo máximo concedido por LEC art.338.2 ( AP Asturias 28-5-03, EDJ 38773 ).
- Procede la admisión del informe pericial aportado a los autos por la entidad demandada **una vez comenzada la audiencia previa**, no produciendo indefensión al demandante desde el momento en que dicha parte pudo contestar dicho dictamen en el acto de la audiencia previa, proponer prueba en contrario e interrogar al perito informante ( AP Las Palmas 15-10-07, EDJ 280074 ).

4825 **Expresión de la respectiva posición sobre documentos, dictámenes e informes aportados**

(LEC art.427.1 y 2)

En la audiencia, cada parte se pronuncia sobre los documentos y dictámenes **aportados de contrario** hasta ese momento, manifestando si los admite o reconoce o impugna, proponiendo prueba, en su caso, sobre su autenticidad. También se pronuncian sobre los informes presentados hasta ese momento al amparo de la LEC art.265.1.5º .

Posteriormente, dependiendo de la complejidad de la pretensión y de otros factores, puede suceder que las partes lleguen, por la vía de **conformidad de los hechos**, a una situación en la que el objeto del litigio puede ser resuelto sin necesidad de continuar el proceso; por ello se establece que el órgano judicial puede exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un **acuerdo que ponga fin al litigio**, siendo de aplicación al acuerdo alcanzado lo dispuesto en LEC art.415 ( LEC art.428.2 ).

Incluso si **no se llega a un acuerdo**, las partes pueden estar conformes en todos los hechos de forma que la cuestión controvertida queda reducida a una cuestión jurídica, caso en el que el órgano judicial, sin necesidad de prueba, dictará sentencia en el plazo de 20 días contados desde el siguiente a la finalización de la audiencia previa.

Si **no hay acuerdo** de las partes para finalizar el litigio **ni existe conformidad** sobre los hechos, la audiencia prosigue para la proposición y admisión de la prueba (nº 4835 s. ).

#### 4. Proposición y admisión de la prueba

4835 Las partes tienen que determinar los **hechos** que van a resultar **admitidos o conformes** y que, en consecuencia, no pueden ser ya probados, y los hechos que quedan como **controvertidos o disconformes** y sobre los que habrá que proponer prueba y ver si se admite esta, pasándose a la práctica de las pruebas admitidas en acto de juicio oral ( LEC art.428.1 ).

Conviene tener presente que el derecho a la prueba no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de

aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la **legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas** ( TCo auto 12/2010 ).

Por tanto, si **no** hubiese **acuerdo** de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

La prueba se propondrá de **forma** verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. La omisión de la presentación de dicho escrito no dará lugar a la inadmisión de la prueba, quedando condicionada esta a que se presente en el plazo de los 2 días siguientes.

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, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En este caso, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

4836

#### Precisiones

1) Está vedada al juzgador la posibilidad de **inadmitir pruebas relevantes** para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad precipitada, arbitraria o irrazonable ( TCo 131/1995 ).

2) El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinente requiere ( TS 20-10-10, EDJ 233324 ; 13-10-10, EDJ 213603 ; 23-3-10, EDJ 37588 ; AP A Coruña 22-9-10, EDJ 207300 ; AP Alicante 12-5-10, EDJ 169842 ; AP Barcelona 15-4-10, EDJ 124880 ):

- que la prueba sea **pertinente** en el sentido de que tenga relación con el *thema decidendi*;
- que se haya ejercitado en **tiempo y forma**;
- que la prueba sea **relevante** o decisiva en términos de defensa por su influencia en la decisión judicial;
- que la inadmisión cause **indefensión** que sea materialmente efectiva, causada por el órgano judicial y no causada por la actuación de la propia parte.

3) Para que la **indefensión** ocasionada pueda dar lugar a la **nulidad de actuaciones** instada debe concurrir una **doble exigencia**:

- de una parte, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; y
- de otra, que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo ( TCo 1/1996 ; 170/1998 ).

4837

4) En relación con la exigencia de **indefensión**:

- La **inadmisión de prueba en primera instancia** no causa indefensión cuando se tiene la segunda instancia para su nuevo planteamiento ( AP Valencia 28-4-09, EDJ 132868 ; AP Murcia 7-6-07, EDJ 155810 ). Es decir, tampoco implica, la inadmisión, necesariamente nulidad de lo actuado en primera instancia, pues no hay que olvidar que la LEC art.460.2 prevé la posibilidad de su **reproducción en segunda instancia**, con lo que se subsanaría cualquier indefensión que se hubiera ocasionado ( AP Girona 12-5-10, EDJ 151654 ; AP Asturias 6-5-10, EDJ 119827 ).
- La **falta de citación al juicio de los testigos** cuya declaración fue propuesta y admitida en tiempo y forma, o la no suspensión del acto del juicio para citarlos, causa indefensión ( AP A Coruña 17-10-08, EDJ 324387 ).
- El **rechazo total** no ajustado a los criterios de la LEC de toda la prueba propuesta por una parte, con la finalidad de no celebrar el acto del juicio deja a esa parte indefensa al no poder utilizar los medios de prueba que el ordenamiento pone a su disposición y además le priva, pues en el caso presente está dispuesto legalmente, del **derecho a la doble instancia** ( AP Valencia 28-4-09, EDJ 132868 ); igualmente pasaría con la **inadmisión generalizada de prueba** ( AP Sta. Cruz de Tenerife auto 26-1-09, EDJ 30219 ).
- No se puede alegar indefensión cuando la parte **se aquieta a la denegación o inadmisión** de la prueba ( AP Pontevedra 1-10-09, EDJ 249860 ; AP Asturias 17-7-09, EDJ 168416 ; AP Araba 6-5-09, EDJ 158224 ; AP Alicante 3-12-08, EDJ 334835 ).
- No se puede alegar indefensión cuando se inadmite la prueba que se propone con el objeto de introducir, a través de ella, nuevos hechos o nuevas peticiones que alteran el principio de la **prohibición de alterar el objeto del proceso** ( AP Madrid 26-5-10, EDJ 142390 ).

4838 Como se ha dicho, los **hechos admitidos** están excluidos de la prueba, dado que quedan fijados por la voluntad de las partes al estar conformes sobre ellos en expresión del principio dispositivo y de aportación de parte que rigen



en el proceso civil, aunque está la excepción de que se trate de que la materia del proceso esté fuera del poder de disposición de las partes ( LEC art.281.3 ).

Los **hechos notorios** tampoco precisan ser probados, pero su prueba no está excluida ( LEC art.281.4 ).

#### 4840 Normas para la preparación de la práctica de la prueba (LEC art.429)

Existen una serie de normas que sirven para preparar adecuadamente el juicio en el que se va a practicar la prueba:

1. En primer lugar, el órgano judicial tiene la facultad de dar **orientación a las partes** en orden a su actividad probatoria, de manera que cuando el órgano judicial 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 órgano judicial, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, puede señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente y las partes pueden seguir el criterio del órgano judicial y completar la prueba en el sentido que se ha señalado.

#### Precisiones

La facultad prevista en LEC art.429.1 ha de enmarcarse en sus justos límites que resultan de toda la normativa de la prueba en el proceso civil, y sin olvidar que tal **facultad** del juzgador, por los propios términos del precepto, es meramente **potestativa**, sin que el uso de dicha facultad pueda ser fiscalizada en vía de recurso de apelación y sin que dicha norma pueda servir de pretexto para atribuir al juzgador una **insuficiencia probatoria** solo imputable a las partes sobre las que recae la carga de alegar y probar los hechos que soportan sus pretensiones ( AP Salamanca 29-5-07, EDJ 141619 ; AP Valencia 14-6-04, EDJ 210505 ; AP León 2-6-03, EDJ 173956 ; AP Sta. Cruz de Tenerife 19-5-03, EDJ 124782 ; AP Burgos 23-7-02, EDJ 43197 ).

4841 2. La **proposición y admisión** de la prueba se lleva a cabo conforme a LEC art.284 s. , siguiéndose las reglas sobre utilidad, pertinencia, exclusión de las pruebas ilícitas, etc. Propuesta y admitida la prueba, se procede al **señalamiento** de la fecha del juicio que debe celebrarse en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia previa.

#### Precisiones

En cuanto a la **pertinencia y utilidad**, partiendo de que el derecho a la prueba no es un derecho ilimitado, sino instrumental, para la práctica de las que sean pertinentes en el caso concreto, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*, el recurrente debe justificar la utilidad de la prueba no practicada para defender su posición procesal y su petición, es decir, la demostración de que la práctica de la prueba inadmitida tiene importancia y relevancia suficiente sobre el sentido del fallo ( TS 3-10-06, EDJ 275385 ; 8-2-07, EDJ 7301 ).

4842 3. **No hay necesidad de juicio** y se pasa directamente a dictar la sentencia dentro de los 20 días siguientes a la finalización de la audiencia previa. Cuando la única prueba admitida sea la de documentos, no impugnados, o la de dictámenes periciales ya presentados, sobre la que no se solicite la presencia de los peritos en el juicio, el órgano judicial puede dictar sentencia sin celebración de juicio ( LEC art.429.8 ).

#### Precisiones

1) Entra dentro de lo previsto en LEC art.429.2 que al no haberse admitido otra prueba que la documental y estar ya aportada en su totalidad, el juzgador acordara directamente, sin tan siquiera suspender la vista, dar traslado a las partes para que formularan por su orden las conclusiones, pues **toda la prueba ya se había practicado** y, por tanto, no había ningún inconveniente procesal para pasar, sin necesidad de convocar nuevamente a las partes para otra vista oral, al trámite previsto en LEC art.433.2 ( AP Huesca 20-7-04, EDJ 79841 ).

2) Es un inadmisibles **exceso del juzgador de instancia** compeler a los letrados a renunciar a cualquier prueba que no sea la documental, a lo que formalmente accedieron, pero de la visualización y audición del vídeo se advierte que el letrado de la actora lo hizo bajo una inadmisibles imposición del magistrado. Una vez constatados los hechos controvertidos, el juez debería dar **traslado a las partes** para que propongan sus pruebas, y es a la vista de esta proposición cuando realiza el juicio de pertinencia y después de suficiencia de prueba ( LEC art.429 ); y solo una vez constatado que la única prueba propuesta y admitida es la documental aportada a los autos, es cuando el juez acuerda dejar los autos para sentencia, sin que pueda imponer a las partes que se valgan solo de la prueba documental ( AP Barcelona 23-6-05, EDJ 89985 ).

4843 **4.** Es posible la **práctica anticipada** de la prueba cuando la propuesta y admitida en la audiencia previa no puedan practicarse en el acto del juicio, caso en que se llevarán a cabo con anterioridad ( LEC art.429.4 ; ver nº 4160 s. )

**5.** Las partes deben indicar qué **testigos y peritos** se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el órgano judicial. La **citación** se acordará en la audiencia y se practicará con la antelación suficiente. También las partes deben señalar qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del **auxilio judicial**. El órgano judicial decidirá lo que proceda a ese respecto y, en caso de que estime necesario recabar el auxilio judicial, acordará en el acto la remisión de los exhortos oportunos, dando a las partes un plazo de 3 días a los efectos de que presenten, cuando sea necesario, una **lista de preguntas**. En cualquier caso, la falta de cumplimentación de tales exhortos no suspende el acto del juicio ( LEC art.429.5 ).

## 5. Citación a juicio

---

4850 Tras la admisión de la prueba, en la misma audiencia previa se señala la fecha del juicio, quedando las **partes que hayan comparecido** a la audiencia ya citadas ( LEC art.429.2 ).

A las **no comparecidas** se les cita conforme a las reglas que regulan las citaciones.

También se ordena la citación de quienes deban participar en el juicio con antelación suficiente. Así como la remisión de los **exhortos** y los demás medios de auxilio que sean necesarios, concediendo a las partes un plazo de 3 días a los efectos de que presenten, en su caso, las **listas de preguntas**.

En los casos en que se prevea que el **juicio no puede finalizar en una sola sesión** dentro del día señalado, la citación lo expresará así e indicará si la sesión o sesiones ulteriores se llevarán a cabo en el día o días inmediatamente sucesivos o en otros, que se señalarán por el letrado de la Administración de Justicia, con expresión en todo caso del día y hora en que las sesiones hayan de comenzar ( LEC art.429.7 ).

Si cualquiera de los que han de acudir al acto del juicio no puede asistir a este por causa de **fuerza mayor** u otro motivo de análoga entidad puede solicitar **nuevo señalamiento** de juicio ( LEC art.430 ). Esta solicitud se sustancia y resuelve conforme a LEC art.183 .

## VI. Celebración del juicio

(LEC art.431 a 433 )

4860 El juicio tiene como finalidades la práctica de la **prueba** admitida y la realización de las **conclusiones** de las partes ( LEC art.431.1 ).

4861 **Comparecencia**  
(LEC art.432)

Lo primero que se determina es el efecto de la **falta de comparecencia** al acto del juicio, partiendo de que las partes deben estar debidamente representadas por procurador y asistidas por abogado, además de estar presentes personalmente si deben responder al interrogatorio de la parte contraria que se hubiera admitido.

Si **no comparece ninguna de las partes** se levanta acta haciéndolo constar y sin más trámites el órgano judicial declara al pleito visto para sentencia, mientras que si **asiste solo una de las partes**, el juicio se celebra solo con ella.

4862 **Práctica de la prueba**  
(LEC art.433.1)

El juicio comienza con la práctica de los medios de prueba admitidos, conforme a lo establecido en LEC art.299 s. , estándose a la **regulación** de cada uno de ellos. La práctica se efectuará en el **orden** fijado en la LEC art.300 , salvo que el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte acuerde otro orden distinto (nº 4085 s. ).

Antes de la práctica de la prueba hay que realizar alguna actividad previa, relacionada con la necesidad de resolver primeramente sobre la alegación de ilicitud en la obtención de una fuente de prueba por **vulneración de derechos fundamentales**, si es el caso, así como con la posible alegación de **hechos nuevos o de nuevo conocimiento** acaecidos o conocidos entre la finalización de la audiencia previa y el comienzo del juicio, que debe resolverse también de forma previa con audiencia de las partes y posibilitando, en caso de ser admitidos los hechos, la proposición y admisión de prueba previstas en LEC art.286 ( LEC art.433.1 ).

4863

Precisiones

Ilustrativo es el siguiente caso en el que se establecen reglas sobre la ilicitud probatoria en el proceso civil de **grabaciones, filmaciones o fotografías tomadas sin consentimiento del interesado** ( AP A Coruña 14-7-10, EDJ 187150 ). En este supuesto, no solo está en juego el derecho fundamental a la protección de los datos de las personas que aparecen en la grabación, sino también el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la parte apelada. La íntima conexión entre la admisión de la prueba y el riesgo de indefensión se ha traducido en el reconocimiento por el TCo de un principio favorable a la **libertad de prueba**, que se traduce en una interpretación flexible de las reglas de admisión de la misma, prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva ( TCo 205/1991 ). Para resolver la **colisión** entre los dos derechos fundamentales citados, merecedores de idéntica protección, debe atenderse a la entidad del daño que se causa a los mismos. En el caso concreto:

**a)** La LEC art.382 en relación con LO 15/1999 art.6 autoriza a utilizar como medio de prueba en un proceso civil, fotografías, grabaciones o filmaciones **sin necesidad de consentimiento del interesado**, cuando las mismas sean pertinentes para acreditar los hechos que motivan la demanda y siempre que no supongan una vulneración de otros derechos fundamentales, tales como el **derecho a la intimidad**, así sucede cuando la grabación se realiza en el domicilio o en cualquier otro lugar que no sea público ( AP Cádiz 26-7-05, EDJ 153955 ; entre otras), o el derecho a la **confidencialidad de las comunicaciones**, cuando tiene lugar una intromisión ilegítima en las comunicaciones electrónicas -e-mails- de una persona ( JM Bilbao núm 1 30-12-05, EDJ 284080 ).

**b)** La grabación comentada contraviene lo dispuesto en LO 15/1999 art.4.7 , que prohíbe la **recogida y utilización de datos personales por medios fraudulentos o desleales**. En el presente asunto, la deslealtad de la conducta resulta ostensible toda vez que el detective que realizó la grabación se hizo pasar por un encuestador sobre seguridad vial que, tras realizar preguntas generales sobre la materia, de manera aparentemente casual, pasó a interrogar a los encuestados sobre el particular accidente objeto de la litis. Resulta significativo, que el supuesto encuestador preguntase a personas aparentemente elegidas al azar, si conocían a alguien que hubiese sufrido un accidente, a sabiendas de que los interrogados eran todos ellos vecinos o parientes de los jóvenes que viajaban en los ciclomotores accidentados y que incluso algunos de ellos estaban llamados a comparecer como testigos en el acto de la vista oral. A diferencia de la LO 15/1999 art.6 , la LO 15/1999 art.4.7 tiene una naturaleza claramente prohibitiva, que no admite ningún tipo de **excepción**,

**c)** En consecuencia, el empleo de medios fraudulentos permite inclinar la balanza del lado del derecho fundamental a la **protección de datos**, que debe prevalecer sobre la tutela judicial efectiva, por lo que se dan los presupuestos para aplicar lo dispuesto en LEC art.287 , que excluye que puedan utilizarse como prueba, medios que vulnere derechos fundamentales.

#### 4865 Conclusiones

(LEC art.433.2 y 3)

Practicadas las pruebas, se pasa al trámite de conclusiones que se formulan oralmente, refiriéndose a los **hechos controvertidos** y exponiendo, de forma ordenada, clara y concisa, sí, a juicio de cada parte, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos. En este sentido:

**a)** Harán un **breve resumen de cada una de las pruebas** practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entienden que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Pueden, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos.

**b)** En relación con el **resultado de las pruebas** y la aplicación de las normas sobre **presunciones y carga de la prueba**, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria.

4866 Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte puede informar sobre los **argumentos jurídicos** en que se apoyen sus pretensiones, que no pueden ser alteradas en ese momento. Sí pueden cambiarse los argumentos jurídicos, las normas materiales aplicables, etc., porque, en este sentido, no hay ni vinculación del juez a los fundamentos de derecho alegados por las partes *-iura novit curia-*, ni indefensión de la parte contraria ( LEC art.433.3 ).

#### 4868 Concesión de la palabra a las partes

(LEC art.433.4)

Por último, si el órgano judicial **no se considera suficientemente ilustrado** sobre el caso con las conclusiones e informes indicados en LEC art.433 , puede conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique.

## VII. Terminación

4880 A. Terminación por sentencia

4885

## A. Terminación por sentencia

(LEC art.434 a 436 )

4885 La sentencia se dicta dentro de los 20 días siguientes a la terminación del juicio, pero hay que tener en cuenta que es posible acordar **diligencias finales** (nº 4886 ). Si fuese el caso, se suspende el plazo para dictar sentencia. Igualmente, se puede suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de la L 15/2007 art.1 y 2 , cuando el órgano judicial tenga conocimiento de la existencia de un **expediente administrativo** ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia u órgano equivalente o los órganos competentes de las comunidades autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha **suspensión** debe adoptarse motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, debe dar traslado de su resolución al órgano judicial, y contra el auto de suspensión del proceso solo se dará recurso de reposición ( LEC art.434.3 ).

## 4886 Diligencias finales

Las diligencias finales solo se pueden acordar por el órgano judicial a **instancia de parte**, para lo que se dictará auto conforme a las siguientes **reglas** ( LEC art.435.1 ):

1. **No se practican** como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del órgano judicial a que se refiere la LEC art.429.1 .

2. Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas, por lo tanto, no cabe acordar la diligencia final cuando la **prueba no se practicó en la vista por causa imputable a la parte**: así, por ejemplo, cuando la no comparecencia del perito al acto del juicio se debe a que la parte no indicó al juzgado el domicilio del perito a efectos de que fuera citado ( AP Valencia 22-9-03, EDJ 155939 ).

3. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a **hechos nuevos o de nueva noticia** ( LEC art.286 ).

## 4887

## Precisiones

1) En ningún caso pueden practicarse **nuevas pruebas o distintas** de las que fueron objeto de proposición en el proceso. Solo en un supuesto muy excepcional el órgano jurisdiccional puede acordarlas de oficio, sobre la base de la **repetición de una prueba previamente admitida**, de resultado infructuoso a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los hechos debatidos, siendo exigencia ineludible en este caso, que se razone sobre la existencia de aquellas circunstancias y motivos ( LEC art.435.2 ) ( AP Córdoba 23-6-06, EDJ 388911 ).

4888 2) Las diligencias finales restringen de forma sustancial las facultades del juez en coherencia con los principios fundamentales que rigen el proceso civil en el sentido de que mantienen un adecuado equilibrio en lo relativo a la carga de la prueba, impiden suplir la inactividad o negligencia de una parte y propician la igualdad de todas ellas en el proceso, impidiendo que puedan practicarse nuevas pruebas o distintas de las que fueron objeto de proposición en el proceso y restringiendo la actuación del órgano jurisdiccional para que pueda acordarlas de oficio ( LEC art.435 ), desde la idea de que no hay un **interés** público, sino privado en disputa y de que es a la parte a quien compete la reclamación, así como su activa colaboración para que la prueba se admita y se practique dentro de los actos ordinarios del proceso. La decisión adoptada en primera instancia de acordar que una entidad oficial expida y remita al juzgado informe sobre los desperfectos de las fachadas de los inmuebles, no resulta sorpresiva ni inmotivada, teniendo la parte demandada conocimiento de la decisión adoptada por el juez de instancia y tiempo suficiente para no ser sorprendida, pudiendo haber puesto en marcha los recursos impugnatorios que tuviera por conveniente, de forma que esa decisión judicial no ha dado lugar a un estado de **indefensión**. Difícilmente puede producir indefensión una prueba de estas características que no hace sino complementar la pericial practicada, que ha sido tenida en cuenta para resolver el conflicto ( TS 19-7-10, EDJ 185006 ).

4889 Excepcionalmente, el órgano judicial puede acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no resultaron 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. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias han de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos ( LEC art.435.2 ).

Las audiencias provinciales han remarcado el **carácter potestativo** de las diligencias finales, es decir, que el juez tiene libertad para acordarlas o no, sin que exista vinculación a la solicitud de las partes. Así, cuando las deniega, no concurre **nulidad** al haberse otorgado respuesta concreta a la petición en la misma decisión combatida y con plena posibilidad de impugnación y revisión, ni se produce **indefensión** en caso de no acordarlas ( AP Barcelona 24-4-07, EDJ 130565 ; AP Madrid 6-3-06, EDJ 294666 ; AP Bizkaia 26-10-05, EDJ 263158 ; AP Asturias 9-7-04, EDJ 126139 ; AP Granada 17-12-03, EDJ 208537 ).

4890 Sobre la base de lo anterior cabe afirmar que la decisión de adopción es **caso por caso** y, aunque suele ser habitual que las partes la invoquen, no suele admitirse la alegación de que su admisión produce indefensión, salvo que concurren razones de peso para apreciarla.

#### 4891 Adopción de oficio

(LEC art.435.2)

La adopción de oficio de la diligencia final es una facultad que resulta **excepcional sobre lo ya excepcional**, por lo que debe ser usada con gran prudencia y de manera muy justificada pues, en otro caso, podría determinar que se convirtiera en una prueba contraria a la LOPJ art.11 .

1) Denegada en la audiencia previa la prueba «pericial» propuesta, y posteriormente acordada de oficio como diligencia final, sin que haya habido alteración de las circunstancias que en su momento llevaron a denegarla, pues no puede serlo en ningún caso el cambio de criterio del juzgador sobre la necesidad de la prueba, y sin que haya existido la motivación exigida en la ley sobre la concurrencia de las circunstancias que impidieron el resultado esperado de la prueba, la conclusión es que la **prueba pericial acordada como diligencia final** no puede ser considerada, a tenor de lo dispuesto en LOPJ art.11 , por haberse obtenido con **infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías** establecido en Const art.24 con afectación del derecho a un juez imparcial, lo que obliga a revocar inicialmente la sentencia, confirmando al asunto el tratamiento previsto en LEC art.465.2 , aun cuando la cuestión haya sido suscitada de oficio, tal y como se desprende del precepto de la citada ley orgánica ( AP Córdoba 23-6-06, EDJ 388911 ).

2) El LEC art.435.2 permite, excepcionalmente, al órgano judicial acordar de oficio que se practiquen pruebas sobre hechos relevantes oportunamente alegados, pero siempre que los actos de prueba propuestos por las partes no hubieran resultado positivos al fin perseguido a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, sin embargo, no se nos dice que **circunstancias ya desaparecidas impedirían la práctica de las pruebas propuestas** por la parte apelante en segunda instancia -prueba documental-, que se erige en requisito necesario para su apreciación de oficio, pues no consta siquiera que la actora y recurrente hubiera propuesto en primera instancia como diligencia final alguna de las pruebas admitidas y no practicadas por **causa ajena a las partes litigantes**. No obstante lo cual se acordó como diligencia final la práctica en segunda instancia de la prueba testifical propuesta por la apelada en primera instancia y, aunque renunciada por causa de enfermedad del testigo, se entiende que la falta de constancia de su incapacidad física y mental para deponer sobre hechos relevantes en los que se le atribuía intervención personal y directa, permitiría su presencia y poder conocer con mayor certeza los hechos acaecidos en la relación objeto de litigio ( AP Las Palmas 3-11-09, EDJ 376416 ).

#### 4892 Plazo

(LEC art.436.1)

Las diligencias finales acordadas deben llevarse a cabo dentro del plazo de 20 días y en la **fecha** que señale al efecto, de resultar necesario, el letrado de la Administración de Justicia, en la forma establecida en la LEC para las pruebas de su clase.

Una vez practicadas, las partes pueden, dentro del quinto día, presentar escrito para resumir y valorar el **resultado**. El plazo de 20 días para dictar sentencia vuelve a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el mencionado escrito.

## B. Terminación anormal

4900 Frente a la sentencia (nº 4885 ), que caracteriza la forma típica de terminación del procedimiento civil, se aprecian diversas formas de finalización de este, de naturaleza y condiciones muy diversas, que comúnmente se conocen como formas de terminación anormal del proceso por su **carácter atípico** y extraordinario.

Los litigantes están facultados para **disponer del objeto del juicio** y pueden renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero ( LEC art.19 ).

Estos actos pueden realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la **primera instancia** o de los **recursos** o de la **ejecución** de sentencia.

4901 **Transacción**  
(LEC art.19)

Si las partes prenden una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaran es conforme a lo previsto en LEC art.19.1 , será objeto de **homologación** por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.

Asimismo, las partes pueden solicitar la **suspensión del proceso**, que será acordada por el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

4903 **Renuncia y desistimiento**  
(LEC art.20)

Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el órgano judicial dictará **sentencia**, absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibles. En este caso, se dictará auto, mandando seguir el proceso adelante.

El demandante puede desistir unilateralmente del juicio **antes de que el demandado sea emplazado** para contestar a la demanda o citado para juicio. También puede desistir unilateralmente, en cualquier momento, cuando el demandado se encontrare en rebeldía.

**Emplazado el demandado**, del escrito de desistimiento se le dará traslado por plazo de 10 días. Si el demandado presta su **conformidad** al desistimiento o no se opone a él dentro del plazo expresado, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto acordando el sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto. Si el **demandado se opone** al desistimiento, el juez resolverá lo que estime oportuno.

4905 **Allanamiento**  
(LEC art.21)

Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por este, pero si el allanamiento se hace en **fraude de ley** o supone **renuncia contra el interés general** o **perjuicio de tercero**, se dicta auto rechazándolo y sigue el proceso adelante.

Cuando se trate de un **allanamiento parcial** el órgano judicial, a instancia del demandante, puede dictar de inmediato auto, acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello es necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en LEC art.517 s.

Caso especial es el allanamiento resultante del compromiso con efectos de transacción previsto en LEC art.437.3 para los **juicios de desahucio** por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo que se trata en los procesos especiales (nº 5179 ).

Si el demandado se allana **antes de contestar a la demanda**, no procede la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entiende que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se ha formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación. Si el allanamiento se produce **tras la contestación** a la demanda, se aplicará el principio del vencimiento ( LEC art.394.1 ).

4907 **Carencia sobrevenida de objeto**  
(LEC art.22)

Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvenición, deje de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso,

del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hay **acuerdo** de las partes, se decreta por el letrado de la Administración de Justicia la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas.

Si alguna de las partes sostiene la **subsistencia de interés legítimo**, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocetal a sus pretensiones o con otros argumentos, el letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes, en el plazo de 10 días, a una **comparecencia** ante el tribunal que versará sobre ese único objeto.

Terminada la comparecencia, el órgano judicial decidirá mediante auto, dentro de los 10 días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las **costas** de estas actuaciones a quien vea rechazada su pretensión.

Contra el auto que ordene la **continuación del juicio** no cabe **recurso** alguno. Contra el que acuerde su terminación, cabe recurso de apelación.

Caso especial es el que presentan los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario que terminarán mediante decreto dictado al efecto por el letrado de la Administración de Justicia si, requerido aquel previamente a la celebración de la vista en los términos previstos en LEC art.440.3 , paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda, y el de las que adeude en el momento de dicho **pago enervador del desahucio** al que nos referiremos al tratar los procesos especiales (nº 5177 ).

#### 4908 Caducidad de la instancia

(LEC art.237 s.)

Se trata de la extinción del proceso por su paralización durante cierto tiempo en que no se realizan actos procesales de parte.

Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el **plazo** de dos años, cuando el pleito se halle en primera instancia; y de un año, si está en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación. Estos plazos se computan desde la última notificación a las partes.

Contra el decreto que declare la caducidad solo cabe **recurso** de revisión.

Ahora bien, **no se produce** la caducidad de la instancia o del recurso si el procedimiento hubiera quedado paralizado por fuerza mayor o por cualquier otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados ( LEC art.238 ).

En la **ejecución forzosa** no se aplican estas reglas. Las actuaciones se pueden proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados ( LEC art.239 ).

#### 4909 Efectos

(LEC art.240)

Si la caducidad se produce **en la segunda instancia** o **en los recursos extraordinarios** mencionados en la LEC art.237 , se tendrá por desistida la apelación o dichos recursos y por firme la resolución recurrida y se devolverán las actuaciones al órgano judicial del que procedieren.

Si la caducidad se produce **en la primera instancia**, se entiende producido el desistimiento en dicha instancia, por lo que puede interponerse nueva demanda, sin perjuicio de la caducidad de la acción.

La declaración de caducidad no contiene imposición de **costas**, debiendo pagar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## VIII. Efectos económicos del proceso

4920	A. Tasas judiciales	4925
	B. Costas	4940
	C. Tasación de costas	4960

### A. Tasas judiciales

(L 10/2012)

#### 4925 Hecho imponible

El hecho imponible de la tasa es el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada por el ejercicio de los siguientes **actos procesales**:

- a) La interposición de la **demanda** en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales en el orden jurisdiccional civil, la formulación de **reconvención** y la petición inicial del proceso monitorio y del proceso monitorio europeo.
- b) La solicitud de **concurso** necesario y la demanda incidental en procesos concursales.
- c) La interposición del **recurso contencioso-administrativo**.
- d) La interposición del **recurso extraordinario por infracción procesal** en el ámbito civil.
- e) La interposición de recursos de **apelación** contra sentencias y de **casación** en el orden civil y contencioso-administrativo.
- f) La interposición de recursos de **suplicación** y de **casación** en el orden social.
- g) La **oposición a la ejecución** de títulos judiciales.

#### 4927 Sujeto pasivo

(L 10/2012 art.3)

Es sujeto pasivo de la tasa quien promueva el **ejercicio de la potestad jurisdiccional** y realice el hecho imponible de la misma.

Se entiende que se realiza un **único hecho imponible** cuando en el escrito ejercitando el acto procesal que constituye el hecho imponible se acumulen varias acciones principales, que no provengan de un mismo título. En este caso, para el cálculo del importe de la tasa se suman las cuantías de cada una de las acciones objeto de acumulación.

El **pago** de la tasa puede realizarse por la representación procesal o abogado en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, en especial cuando este no resida en España y sin que sea necesario que el mismo se provea de un número de identificación fiscal con carácter previo a la autoliquidación. El procurador o el abogado no tendrán responsabilidad tributaria por razón de dicho pago.

#### 4929 Exenciones

(L 10/2012 art.4)

Las **exenciones objetivas** de la tasa son las siguientes:

- a) La interposición de demanda y la presentación de ulteriores recursos cuando se trate de los procedimientos especialmente establecidos para la **protección de los derechos fundamentales y libertades públicas**, así como contra la actuación de la **Administración electoral**.
- b) La solicitud de **concurso voluntario** por el deudor.
- c) La interposición de **recurso contencioso-administrativo por funcionarios** públicos en defensa de sus derechos estatutarios.
- d) La presentación de petición inicial del **procedimiento monitorio** y la demanda de **juicio verbal en reclamación** de cantidad cuando la cuantía de las mismas no supere 2.000 euros. No se aplica esta exención cuando en estos procedimientos la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial ( LEC art.517 ).
- e) La interposición de **recursos contencioso-administrativos** cuando se recurra en casos de **silencio administrativo negativo o inactividad** de la Administración.
- f) La interposición de la demanda de **ejecución de laudos** dictados por las juntas arbitrales de consumo.
- g) Las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del juez de lo mercantil, se interpongan por los **administradores concursales**.
- h) Los procedimientos de **división judicial de patrimonios**, salvo en los supuestos en que se formule oposición o se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes, devengando la tasa por el juicio verbal y por la cuantía que se discuta o la derivada de la impugnación del cuaderno particional a cargo del opositor, y si ambos se oponen a cargo de cada uno por su respectiva cuantía.

#### 4930 Desde el punto de vista subjetivo, están, en todo caso, exentos de esta tasa:

- a) Las **personas físicas**.



b) Las **personas jurídicas** a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora.

c) El **Ministerio Fiscal**.

d) La **Administración General del Estado**, las de las **comunidades autónomas**, las **entidades locales** y los organismos públicos dependientes de todas ellas.

e) Las **Cortes Generales** y las **asambleas legislativas** de las comunidades autónomas.

#### 4932 Cuota tributaria, autoliquidación y pago

(L 10/2012 art.7 y 8 ; TCo 973/2013)

La cuota tributaria se determina a partir de lo dispuesto en L 10/2012 art.7 , si bien en TCo 140/2016, declara la inconstitucionalidad y nulidad de la L 10/2012 art.7.1 en los siguientes incisos: «En el orden jurisdiccional civil: (...) Apelación: 800 €; Casación y extraordinario por infracción procesal: 1.200 €».

En cuanto a la autoliquidación y pago, corresponde a los sujetos pasivos (nº 4927 ), conforme al modelo oficial establecido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas y procederán a su ingreso en el Tesoro Público con arreglo a lo dispuesto en la legislación tributaria general y en las normas reglamentarias de desarrollo.

El **justificante del pago** de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, debe acompañar a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo.

En caso de que no se acompañe dicho justificante, el letrado de la Administración de Justicia requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de 10 días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión sea subsanada. La ausencia de **subsanación** de tal deficiencia, tras el requerimiento del letrado de la Administración de Justicia, da lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

#### Precisiones

La **nulidad** de las tasas afecta tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, aunque las primeras ya estaban exentas desde la entrada en vigor del RDL 1/2015 .

4933 Si a lo largo de cualquier procedimiento se fija una cuantía superior a la inicialmente determinada por el sujeto pasivo, este debe presentar una **declaración-liquidación complementaria** en el plazo de un mes a contar desde la firmeza de la resolución que determine la cuantía. Lo mismo ocurre en el caso en que la cuantía del procedimiento no se haya determinado inicialmente por el sujeto pasivo o en los casos de inadecuación del procedimiento.

Si, por el contrario, la cuantía fijada por el órgano competente es inferior a la inicialmente determinada por el sujeto pasivo, este puede solicitar que se rectifique la autoliquidación presentada y, en su caso, que se devuelva la parte de la cuota tributaria presentada en exceso, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de las **devoluciones de ingresos indebidos** de naturaleza tributaria.

El letrado de la Administración de Justicia, en el plazo de 5 días desde la notificación de la resolución en la que se determine la cuantía definitiva, comunicará por escrito la **modificación de la cuantía** a la delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya demarcación radique la sede del órgano judicial, a los efectos oportunos.

4934 Se efectuará una **devolución del 60%** del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio.

Se tiene derecho a esta devolución desde la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso y haga constar la forma de terminación.

Los sujetos pasivos tienen derecho a la **devolución del 20%** del importe de la cuota de la tasa cuando se acuerde una acumulación de procesos, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora.

## B. Costas

(LEC art.241 a 246 y 394 a 398 )

4940 Las normas sobre costas aparecen dispersas en la LEC:

- por un lado, se hace referencia a la **tasación de costas** ( LEC art.241 a 246 );
- por otro, a la **condena en costas** ( LEC art.394 a 398 ); y,

- además, a lo largo del articulado de la LEC numerosas disposiciones sobre esta materia, completándola en los supuestos que no tienen cabida en el capítulo de la condena en costas -por ejemplo, las normas contenidas en LEC art.506 (costas en rebeldía), 516.2 (costas en revisión), 583 (juicio ejecutivo), o 818.2 (proceso monitorio), etc.-.

#### 4941 Distinción entre gastos y costas

Son **gastos** todas las inversiones de carácter económico que reconocen de una manera más o menos inmediata al proceso como causa generadora. Son **costas** aquella parte de los gastos cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un proceso determinado y reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción.

Se considerarán **gastos del proceso** aquellos desembolsos que tengan su origen directo o inmediato en la existencia de dicho proceso ( LEC art.241.1.II ).

No se ofrece propiamente un concepto de costas, sino una determinación de su contenido. Así, se consideran **costas** la parte de los gastos del proceso que se refieran al pago de los conceptos enumerados en LEC art.241.1.II .

Cabe advertir que el **listado** ha de completarse con algunas otras disposiciones contenidas en diversos preceptos de la ley, de tal manera que el contenido de las **costas procesales** se limita aún más, pues para que queden incluidos en el concepto de costas procesales en los gastos debe concurrir además la nota de **necesidad**. Y, en virtud de dicha nota de necesidad, quedan excluidos de la tasación de costas los gastos ocasionados por las actuaciones inútiles, superfluas o no utilizadas por la Ley ( LEC art.243.2 ).

La **diferencia** entre ambos conceptos ha de buscarse en el criterio del legislador de contemplar solo algunos de los gastos como costas, con independencia de que se hayan ocasionado o no en el proceso. Así, no cabe duda de que los informes periciales aportados con la demanda son repercutibles en la condena en costas, pues la LEC les atribuye la condición de prueba pericial a todos los efectos.

En definitiva, únicamente tienen la consideración de costas aquellos gastos que el legislador expresamente señala, con lo que el resto de ellos será de cuenta de quien los haya ocasionado. Esta delimitación se recoge en LEC art.241 , si bien hay que matizar que no se trata de un *numerus clausus*. A continuación se indican.

#### 4942 Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas

(LEC art.241.1.1º)

Este requisito encuentra la **excepción** prevista en LEC art.32.5 , en cuya virtud, aún siendo facultativa la intervención de dichos profesionales, los honorarios y derechos devengados se reputan como costas si el domicilio de la parte defendida y representada está en lugar distinto a aquel en que se tramite el juicio. También tienen esta consideración si el tribunal aprecia temeridad en la conducta del condenado en costas.

También ha de tenerse en cuenta la excepción prevista en LPH art.21.6 , aunque no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador los honorarios y derechos devengados por dichos profesionales que prestaron servicio a la comunidad deben ser abonados.

#### 4943 Inserción de anuncios o edictos que obligatoriamente deban publicarse en el curso del proceso

(LEC art.241.1.2º)

Los **actos de comunicación** no es obligado que se verifiquen por medio de edictos, cuando no sea posible la notificación personal, pues la LEC art.164 considera suficiente que se hagan mediante la fijación de la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del juzgado o tribunal; indicando que solo se publicará en los boletines oficiales o en diarios de difusión provincial o nacional a instancia de parte y a su costa. Son, sin embargo, frecuentes los preceptos que se refieren a la publicación edictal como obligatoria ( LEC art.15 , 441.1, 497.1 y 2 y 500 entre otros), algunos de ellos relativos a actos de comunicación como la notificación de la sentencia al rebelde.

#### 4944 Depósitos necesarios para la presentación de recursos

(LEC art.241.1.3º y 449 )

Se contemplan diversos supuestos en que hay que consignar las cantidades adeudadas para poder recurrir o mantener los recursos -procesos que llevan aparejado el lanzamiento, reclamación de daños por accidente de tráfico y solicitud de condena a un propietario que adeuda los gastos de comunidad-, pero en estos supuestos si se acoge la impugnación no habrá condena en costas y habrá de ser devuelta la cantidad consignada, y si se rechaza se imputará su importe al pago de la cantidad adeudada, sin que ello tenga reflejo alguno en la repercusión de las costas.

#### 4945 Derechos de peritos y otros abonos intervinientes en el proceso

(LEC art.241.1.4º)

Hay que distinguir los peritos **designados por las partes** ( LEC art.336.1 ) de los **designados por el juez** ( LEC art.339 ).

Dado que el juez solo procede a la **designación del perito** cuando considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado ( LEC art.339.2 ), la inclusión de esta partida en la tasación de costas está siempre justificada, no pudiendo impugnarse por indebida.

Especialmente problemático es el tema de quién abona los honorarios de los peritos que han sido **designados de oficio por el juez**, con base en LEC art.339.5 o en LEC art.435.2 las opiniones varían. Un sector doctrinal entiende que debería pagar el **Estado**, mientras que otro mayoritario, entiende que deben ser las **partes**, y ello porque no existe previsión que obligue al Estado al pago de los honorarios cuando los peritos sean nombrados de oficio en un proceso entre particulares, salvo que gocen del beneficio de justicia gratuita.

- 4946 En cuanto al **resto de abonos** que haya que realizar a otras personas se encuentran, sin duda, las **indemnizaciones a los testigos**, comprendiendo tanto los gastos de desplazamiento como los perjuicios que se acrediten ( LEC art.375.2 ), aunque debe tenerse en cuenta que únicamente puede reclamarse al condenado el gasto de tres de ellos, por cada hecho discutido, tal y como dispone la LEC art.363 que, sin embargo, no aclara quién los elige, pues cabe la posibilidad de que hayan comparecido y reclamado más de ese número.

También se comprenderían en este punto las **indemnizaciones debidas a los profesionales de la investigación privada**. Cuando hayan sido aportados informes elaborados por ellos, y dichos informes no hayan sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pudieran perjudicar, se les interrogará como testigos ( LEC art.256.1.5, 271 y 380 ).

La LEC art.241.1.4º comprende también los gastos que, conforme a LEC art.628.1 , debe adelantar el **ejecutante** al depositario, sin perjuicio de su derecho al reintegro.

- 4947 **Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos**

(LEC art.241.1.5º)

Solo pueden incluirse los documentos que sean de **obligada aportación** conforme a la Ley, lo que supone una remisión a otros preceptos que así lo exigen.

La cláusula general abierta y «**documentos análogos**», permite extender su ámbito a otras eventualidades.

No obstante, la propia ley deja claro que cuando dichos documentos sean **reclamados por el órgano judicial** para producir efectos en el seno del proceso y se encuentren en registros o protocolos públicos, serán gratuitos.

- 4948 **Derechos arancelarios**

(LEC art.241.1.6º)

La fórmula utilizada por la ley en este punto general y abierta con que el legislador se refiere a estos derechos arancelarios nos reconduce inequívocamente hacia los derechos que puedan corresponder por la obtención de **copias y testimonios notariales**, y por la obtención de **notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones** en los Registros de la Propiedad y Mercantil, siempre que tengan relación directa con el proceso, y que, además, no se reclamen directamente por el tribunal, puesto que a este han de expedírsele gratuitamente.

- 4949 **Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, cuando sea preceptiva**

(LEC art.241.1.7º)

No se incluye en las costas del proceso el importe de la tasa abonada en los procesos de **ejecución de las hipotecas** constituidas para la adquisición de vivienda habitual. Tampoco se incluye en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas.

- 4950 **Otros supuestos**

Las partidas que pasarán en concepto de costas y que aparecen relatadas en LEC art.241 no constituyen un *numerus clausus*, toda vez que pueden existir otros gastos, previstos en la ley fuera del mencionado precepto y que, igualmente, tienen cabida en la tasación. Así, por ejemplo los **gastos**:

- ocasionados por el transporte, conservación, custodia, exhibición y administración de los bienes objeto de **depósito judicial** ( LEC art.628 );

- ocasionados como consecuencia del **cotejo de documentos** públicos pedido por la parte contraria a la que los aporta al pleito en aquellos supuestos en los que la impugnación no prospere ( LEC art.320 );
- de inserción de los **anuncios de subasta** en medios de difusión públicos o privados que se le puedan ocasionar al ejecutante ( LEC art.645 ).

#### 4952 Pago de las costas

Al respecto, cabe **destacar** lo siguiente:

- Salvo los supuestos de reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente, desde que se inicia un proceso las partes están gravadas por una carga de ir satisfaciendo las **costas que se vayan causando a su instancia**, anticipando las cantidades que exija la realización de actividades procesales que la parte vaya llevando a cabo.
- De no efectuar **provisión previa** a su pago no se realizará la diligencia o actuación postulada o no se dará curso a su petición.
- Los **titulares de créditos derivados de actuaciones procesales** pueden reclamarlos de la parte o partes que deba satisfacerlos sin esperar a que el proceso finalice y con independencia del eventual pronunciamiento sobre costas que en este recaiga.
- En cuanto al **criterio de imposición**, se establece el de vencimiento ( LEC art.394.1 ). No obstante, el órgano judicial puede no imponer las costas al vencido cuando aprecie que el caso presenta serias dudas de hecho y de Derecho. Para apreciar que el caso es jurídicamente dudoso se ha de tener en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.
- Cada parte paga las **costas causadas a su instancia** y las **comunes por mitad** para el caso de que fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones.
- Si el **demandado se allana** a la demanda **antes de la contestación**, no procede la imposición de costas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entiende que, en todo caso, existe **mala fe**, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación. Si el allanamiento se produce **tras la contestación** a la demanda se aplica la regla del vencimiento ( LEC art.395 ).

### C. Tasación de costas

(LEC art.242 a 246 )

4960 Resumidamente, se realiza del **modo** siguiente:

1. **Solicitud** de tasación de costas.
2. **Tasación** de costas efectuada por el letrado de la Administración de Justicia
3. **Traslado** a las partes por 3 días:
  - Impugnación por haberse incluido **partidas, derechos o gastos indebidos**: - traslado por 3 días; - decreto en 3 días.
  - Impugnación por **honorarios excesivos** de los abogados: - audiencia al letrado por 5 días; - impugnación de la solicitud de reducción de honorarios; - remisión del testimonio al colegio de abogados para informe; - el letrado de la Administración de Justicia mantendrá o modificará la tasación de costas por decreto; - auto resolviendo el incidente sin ulterior recurso.

## IX. Cuestiones incidentales

(LEC art.387 a 393 )

#### 4970 Aspectos generales

Son cuestiones incidentales -también se habla de **crisis procesales**- las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con este relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso.

Las cuestiones incidentales pueden ser de especial pronunciamiento o de previo pronunciamiento.

Las cuestiones incidentales son **de especial pronunciamiento** si exigen que el órgano judicial decida sobre ellas separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito. Estas cuestiones no suspenden el curso ordinario del proceso.

4971 Las **de previo pronunciamiento** son aquellas que suponen, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios y sí suspenden el curso de las actuaciones hasta que aquellas sean resueltas.

Son cuestiones de previo pronunciamiento, además de las referidas expresamente en la LEC, las cuestiones incidentales relativas a:

1. **Capacidad y representación** de cualquiera de los litigantes, por hechos ocurridos después de la audiencia regulada en LEC art.414 s.
2. Defecto de algún **otro presupuesto procesal** o a la aparición de un óbice de la misma naturaleza, siempre que hayan sobrevenido después de la audiencia prevista en LEC art.414 s.
3. Cualquier **otra incidencia** que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de Derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación.

#### 4973 Procedimiento

Las cuestiones incidentales se plantean por **escrito**, al que se acompañan los **documentos** pertinentes y en el que se propone la **prueba** necesaria y se indica si, a juicio de quien propone la cuestión, ha de suspenderse o no el curso normal de las actuaciones hasta la resolución de aquella.

El órgano judicial repelerá, mediante auto, el planteamiento de toda cuestión que no se halle en ninguno de los casos anteriores.

En el **procedimiento ordinario** no se admitirá el planteamiento de ninguna cuestión incidental una vez iniciado el juicio, y en el **verbal**, una vez admitida la prueba propuesta.

En la **providencia** sucintamente motivada en que se admita el planteamiento de la cuestión se resolverá si ha de considerarse de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, en el primer caso, el curso ordinario de las actuaciones.

- 4974 El letrado de la Administración de Justicia da **traslado del escrito** en que se plantee la cuestión a las demás partes, quienes pueden contestar lo que estimen oportuno en el plazo de 5 días y, transcurrido este plazo, el secretario, señalando día y hora, citará a las partes a una comparecencia ante el órgano judicial, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales (nº 5095 s. ).

Formuladas las **alegaciones** y practicada, en su caso, la **prueba** que en la misma vista se admita, si la cuestión es **de previo pronunciamiento**, se dicta, en el plazo de 10 días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que proceda respecto a la continuación del proceso.

Si la cuestión es **de especial pronunciamiento**, se resuelve, con la debida separación, en la sentencia definitiva.

- 4975 Cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si este acuerda poner fin al proceso, cabe **recurso** de apelación, y si decide su continuación, no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva.

#### Precisiones

Aunque el caso de la **estimación parcial** de la cuestión incidental no se regula expresamente por la LEC art.393.5 , dicho supuesto puede resolverse aplicando la misma regla prevista para los casos de estimación/desestimación íntegra de la cuestión: puede interponerse recurso cuando lo que se pretenda es que el procedimiento continúe también respecto de aquella parte del mismo sobre la que se ha acordado su no continuación y no cabe recurso cuando lo que se pretenda es que se deje sin efecto la continuación del procedimiento acordada por el juez de instancia aunque solo sobre ciertos extremos del mismo ( AP Toledo auto 15-9-05, EDJ 152251 ).

#### SECCIÓN 3

## Juicio verbal

- 5075 El juicio verbal se **estructura** del siguiente modo:

- demanda (nº 5080 );
- contestación (nº 5082 );
- vista (nº 5095 ); y
- sentencia (nº 5110 ).

El juicio verbal, en sus diversas manifestaciones, se regula en LEC art.437 a 447 , pero hay que tener en cuenta que son de aplicación también todas las normas recogidas en LEC art.248 a 398 , relativos a las **disposiciones comunes** a los procesos declarativos (determinación del procedimiento, prueba, etc.). A lo largo de la LEC hay otras normas que también resultan aplicables, salvo disposición legal en contrario o regla especial para el juicio verbal:

principios generales, determinación de la jurisdicción y la competencia, acumulación de procesos y de pretensiones, actuaciones judiciales, rebeldía, ejecución de sentencias, etc.

#### Precisiones

1) La insuficiente regulación del juicio verbal se ha de integrar, mediante la **analogía** por lo dispuesto para el juicio ordinario. Aunque hubiera sido deseable la inclusión, en la disciplina de la plural variedad de procedimientos verbales que, de forma más «unidora» que «unitaria», regula la LEC, de una norma explícita de reenvío a las prevenciones del proceso ordinario, o haber situado sistemáticamente la regulación de ciertos institutos comunes a todos los procedimientos declarativos de cualquier especie -comunes y especiales- entre las disposiciones generales, no cabe desconocer que por vía interpretativa y acudiendo a la analogía, es claro que ciertas disposiciones formalmente imbricadas entre las disposiciones rectoras del procedimiento ordinario proyectan, ontológica e ineluctablemente, su virtualidad también a los procesos que deban -o puedan- ser sustanciados por los procedimientos verbales ( AP Madrid auto 6-7-02, EDJ 126329 ).

2) Para un **estudio detallado** de los distintos aspectos relativos al juicio verbal, ver nº 6100 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Civil.

### A. Demanda

5080 El juicio verbal se inicia por demanda con el **contenido y forma** propios del juicio ordinario, siendo también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio en materia de preclusión de alegaciones y litispendencia.

No obstante, para asuntos de **cuantía no superior a 2.000 euros**, que no requieren de abogado y procurador, el actor puede utilizar demanda según impresos normalizados, a su disposición en el órgano judicial o formular una demanda sucinta, donde se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida, concretando los hechos fundamentales en que se basa la petición.

En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros, los litigantes pueden **comparecer por sí mismos**, sin necesidad de **procurador** y no es preceptiva la intervención de **abogado**.

5082 **Admisión y contestación**  
(LEC art.438)

Una vez examinada la demanda, el letrado de la Administración de Justicia, puede:

a) **Admitirla** por decreto.

b) **Dar cuenta al tribunal** para que resuelva lo que proceda, en los siguientes **supuestos** ( LEC art.404 ):

- cuando estime falta de jurisdicción o competencia del tribunal; o

- cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el letrado de la Administración de Justicia.

Admitida la demanda, dará traslado de ella al demandado para que presente **contestación** por escrito en el **plazo** de 10 días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario. Si el demandado **no comparece** en el plazo otorgado será declarado en rebeldía ( LEC art.496 ).

En los casos en que sea posible actuar sin **abogado** ni **procurador**, se indicará así en el decreto de admisión y se comunicará al demandado que están a su disposición en el juzgado unos impresos normalizados que puede emplear para la contestación a la demanda.

5083

#### Precisiones

1) No procede la inadmisión por **falta de indicación del domicilio del demandado** -que no se conoce-, porque es absolutamente indispensable que una norma vincule de forma expresa la inadmisión como efecto de la advertencia, observación o constatación de algún óbice procesal o la falta de un presupuesto o requisito de esta misma naturaleza ( AP Madrid auto 6-7-02, EDJ 126329 ).

2) Procede inadmitir a trámite la demanda de juicio verbal por **falta de identificación del demandado**, pues en el proceso civil la identificación de la persona o personas demandadas es un requisito esencial de la demanda, hasta el punto de que no cabe considerar como demanda el escrito iniciador del proceso que no identifica a la parte demandada ( LEC art.399 y 437 ). Frente a ello no puede argumentarse con éxito la imposibilidad de identificar a los ocupantes del

inmueble, cuando tal identificación ha podido obtenerse en las previas actuaciones penales, no pudiendo descartarse tampoco que pueda intentarse el cauce procesal de las diligencias preliminares para conseguir esa identificación total o parcial del grupo ( AP Murcia auto 2-10-07, EDJ 304378 ).

5084 **3)** Se incurre en un rigor excesivo si se inadmite la demanda, en particular, en el caso de que se intervenga en el proceso por medio de procurador, por **falta de aportación de las copias de la demanda y documentos** acompañados a la misma. En primer término, los supuestos de inadmisibilidad de una demanda -o en su caso, de la oposición a la misma- son ciertamente excepcionales en la LEC, tanto en lo que se refiere al juicio ordinario como al juicio verbal, y así, con relación al primero, la LEC art.403.1 establece que las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en LEC y, si bien en LEC art.403.3 dice que tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ellas los **documentos** que la Ley expresamente exija para la admisión de aquella, es claro que los documentos a que se refiere este precepto no son las **copias** contempladas en LEC art.273 , sino los que menciona la LEC art.266 , cuya omisión sí da lugar a la inadmisión de la demanda conforme a LEC art.269.2 .

Pero es que, con relación al juicio verbal, la conclusión es la misma visto el contenido de LEC art.439 , que especifica aquellos supuestos concretos en que puede rechazarse *a limine* una demanda, entre los que no se encuentran el caso de que con la demanda no se hayan acompañado las copias a que se ha hecho referencia, porque, si bien es cierto que la LEC art.276 y con relación a las demandas interpuestas por medio de procurador dispone que la omisión de las copias da lugar a que se tenga por **no presentada**, también lo es que la falta de aportación de tales copias puede y debe ser **subsana**da ( LEC art.231 ), y toda vez que, además, la **preclusión para aportar documentos** con los escritos de demanda, contestación o, en su caso, en la audiencia previa, viene referida a los documentos relativos al fondo del asunto de LEC art.265 y no a los procesales, como es el caso de las copias previstas en LEC art.273 ( AP Valencia auto 9-12-02, EDJ 126413 ; 21-12-02, EDJ 68465 ; AP Alicante auto 20-9-04, EDJ 185471 ).

**4)** En cuanto al plazo de subsanación por **falta de indicación de la cuantía**, la vigente LEC no excluye del requisito de expresión de la cuantía en la demanda a aquellos procedimientos que por su materia sean del ámbito del juicio verbal o del ordinario, por lo que no cabe admitir la alegación del recurso que señala que, en todo caso, el procedimiento de carácter posesorio se tramita por los cauces del juicio verbal. Ha de conferirse al actor el plazo previsto legalmente en LEC art.254.4.2º de 10 días para poder subsanar, y no otro de carácter judicial por solo 5 días, contraviniendo el mencionado precepto ( AP Cádiz auto 15-12-04, EDJ 266296 ).

5086 **Reconvención**  
(LEC art.438)

En los juicios verbales **se admite** la reconvención siempre que no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal.

Admitida la reconvención **se rige** por las normas previstas en el juicio ordinario, salvo el **plazo** para su contestación que es de 10 días.

El demandado puede oponer en la contestación a la demanda un **crédito compensable**. Dicha alegación puede ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado solo pretenda su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar ( LEC art.408 ; AP Madrid 6-2-09, EDJ 68088 ; AP Bizkaia 24-11-10, EDJ 356390 ).

Si la **cuantía** de dicho crédito fuese **superior** a la que determine que se siga el **juicio verbal**, el tribunal tendrá por no hecha tal alegación en la vista, advirtiéndolo así al demandado, para que use de su derecho ante el tribunal y por los trámites que correspondan.

5087 **No se admite reconvención** en los juicios verbales que deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada, estos juicios son:

- a) Aquellos sobre **tutela sumaria de la posesión**.
- b) Los que decidan sobre la pretensión de **desahucio** o **recuperación de finca**, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que la LEC califique como sumarias.
- c) En los que se pretenda la **efectividad de derechos reales inscritos** frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.
- d) Los que terminen mediante sentencia o resolución judicial a las que, en casos determinados, las leyes nieguen efectos de cosa juzgada.

5090 **Acumulación de acciones**  
(LEC art.437.4)

No se admite en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las **excepciones** siguientes:

1. Las basadas en unos **mismos hechos**, siempre que proceda en todo caso el juicio verbal.

2. Las de **resarcimiento de daños y perjuicios** a otra acción que sea perjudicial de ella.

3. Aquellas en **reclamación de rentas** o cantidades análogas vencidas y no pagadas, cuando se trate de juicios de desahucio de finca por falta de pago de renta con independencia de la cantidad que se reclame o por expiración legal o contractual del plazo.

También pueden acumularse acciones contra el **fiador o avalista solidario** previo requerimiento de pago no satisfecho.

4. En los procesos de **separación, nulidad o divorcio** y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquier cónyuge puede ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiera diversos bienes y uno de los cónyuges lo solicita, el juez puede considerarlos en conjunto a efecto de formar lotes o adjudicarlos.

5. Las que uno tenga **contra varios sujetos o varios contra uno**, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en LEC art.72 y 73.1 .

## B. Vista

### 5092 Pertinencia de la celebración de la vista

(LEC art.438.4)

El **demandado**, en su escrito de contestación, debe pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista.

Igualmente, el **demandante** debe pronunciarse sobre ello, en el **plazo** de 3 días desde el traslado del escrito de contestación.

Si ninguna de las partes la solicita y el tribunal **no** considera procedente su **celebración**, dictará sentencia sin más trámites. En todo caso, si una de las partes lo solicita, el letrado de la Administración de Justicia debe señalar día y hora para su celebración, dentro de los 5 días siguientes. No obstante, en cualquier momento posterior, previo a la **celebración de la vista**, cualquiera de las partes puede apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas. En este caso, se da traslado a la otra parte por el plazo de 3 días y, transcurridos los cuales, si no se han formulado alegaciones o manifestado oposición, quedan los **autos conclusos** para dictar sentencia si el tribunal así lo considera.

### 5095 Citación

(LEC art.440.1)

Contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el letrado de la Administración de Justicia, cuando haya de celebrarse vista, cita a las partes a tal fin dentro de los 5 días siguientes. La vista ha de tener lugar dentro del **plazo** máximo de un mes.

En la citación se **debe fijar** el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y **se informa** a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso estas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma. En la citación se hace constar que la vista no se suspende por **inasistencia** del **demandado** y se advierte a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asisten y se propone y admite su declaración, pueden considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el LEC art.304 (el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere la LEC art.292.4 ).

Asimismo, se previene al demandante y demandado de lo dispuesto en el LEC art.442 , para el caso de que no comparecieran a la vista.

La citación indica también a las partes que, en el plazo de los 5 días siguientes a la **recepción** de la citación, deben indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el letrado de la Administración de Justicia a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de 5 días pueden las partes pedir **respuestas escritas** a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en LEC art.381 .

### 5097 Comparecencia de las partes



(LEC art.442)

La incomparecencia del **demandante**, salvo que el demandado tenga interés en continuar, supone el desistimiento con condena en costas y al abono de perjuicios al demandado comparecido, si este lo solicitare y acreditare los daños y perjuicios sufridos.

La incomparecencia del **demandado** se procede a la celebración del juicio.

#### 5099 Desarrollo

(LEC art.443 a 447 )

Comparecidas las partes, el tribunal declara **abierto el acto** y comprueba si subsiste el litigio entre ellas.

Si manifiestan haber llegado a un **acuerdo** o se muestran dispuestas a concluirlo de inmediato, pueden desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. El acuerdo homologado judicialmente surte los **efectos** atribuidos por la ley a la transacción judicial y puede llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo **puede impugnarse** por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

Las partes de común acuerdo pueden, también, solicitar la **suspensión del proceso** de conformidad con lo previsto en LEC art.19.4 , para someterse a mediación. En este caso, el tribunal debe examinar previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.

Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a **mediación**, terminada la misma sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista. En el caso de haberse alcanzado en la mediación acuerdo entre las partes, estas deberán comunicarlo al tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial.

Si las partes **no** han llegado a un **acuerdo** o no se muestran dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal debe resolver sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo ( LEC art.416 s. ).

Si no se han suscitado las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, formuladas, se resuelve por el tribunal la continuación del acto, se da la palabra a las partes para realizar **aclaraciones** y fijar los hechos sobre los que exista contradicción.

Si no hay conformidad sobre todos ellos, se proponen las **pruebas** y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas ( LEC art.429.1 ).

Contra las resoluciones del tribunal sobre admisión o inadmisión de pruebas solo cabe **recurso de reposición**, que se sustancia y resuelve en el acto, y si se desestima, la parte puede formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia ( LEC art.446 ).

Practicadas las pruebas, el tribunal puede conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente **conclusiones** ( LEC art.447.1 ).

#### 5100

##### Precisiones

Se reconoce al demandado la facultad de plantear cuestiones que puedan obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, resolviendo el tribunal «lo que proceda» y «si manda proseguir el juicio», por lo que admite implícitamente la posibilidad de que pueda suspenderse la vista para permitir la integración de la litis por el demandante. La única **diferencia con el juicio ordinario** es que, por respeto al principio de concentración que caracteriza al juicio verbal, no cabe diferir la decisión sobre la excepción planteada a un momento posterior al acto de la vista ( LEC art.420.2 ), sino que el juez ha de resolver oralmente en el mismo acto. Pero, si entiende procedente por ejemplo el litisconsorcio, ha de seguir el trámite de la LEC art.420.3 , hacer posible la **subsanción del defecto**, en lugar de imponer al actor la formulación de una nueva demanda y de iniciar un nuevo pleito, estando esta interpretación amparada en el derecho a la tutela judicial efectiva ( Const art.24.1 ) y en el principio general de subsanación de los actos procesales, aplicable a toda clase de procesos ( AP A Coruña auto 28-4-05, EDJ 216432 ).

5105 Por último, la LEC art.444 redacc L 5/2018 recoge **reglas especiales** sobre el contenido de la vista en determinados procesos especiales que se tratan en nº 5174 s.

### C. Sentencia

5110 Practicada la prueba admitida, o tras las alegaciones de las partes, en otro caso, el tribunal da por terminada la vista y dicta sentencia en el **plazo** de 10 días.

Respecto a las **diligencias finales**, algunas sentencias parecen oponerse a su posibilidad porque no están previstas para el juicio verbal ( AP Gipuzkoa 7-3-02, EDJ 123192 ).

#### Precisiones

La **petición posterior**, concluido el juicio verbal y por el trámite de las diligencias finales, inicialmente previstas únicamente para el juicio ordinario, debe considerarse extemporánea. La prueba en este caso no fue indebidamente denegada ( LEC art.460.2.1ª ), pues, al margen de que las diligencias finales no se prevén expresamente en el juicio verbal, en todo caso la LEC art.435.1.1ª las excluye cuando se trate de pruebas que pudieron proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que pudieron proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere la LEC art.429.1 ( TS 3-7-12, EDJ 225923 ).

5112 Efecto de cosa juzgada

(LEC art.447.2 a 4)

**No producen** efecto de cosa juzgada material las sentencias dictadas en los juicios verbales siguientes -los relativos a pretensiones denominadas sumarias-:

1. Tutela sumaria de la **posesión** -recobrar proteger la posesión, suspensión de obra nueva u obra ruinosa-.
2. Acciones basadas en **contratos oficiales inscritos** en el registro de venta de bienes muebles a plazos, para ejecutar los bienes dados en garantía u obtener la extinción del contrato y restitución del bien en supuestos de ventas aplazadas con reserva de dominio.
3. Desahucio por **falta de pago de la renta** o alquiler o por expiración del plazo legal o contractual. Frente a esta regla, el **desahucio por precario** es plenario y sí produce efectos de cosa juzgada material.
4. **Acciones registrales inmobiliarias** tendentes a proteger al titular registral frente a perturbadores que no dispongan de título inscrito.
5. El resto de sentencias dictadas en ejercicio de pretensiones que la LEC califique de **sumarias** o aquellas sentencias a las que leyes especiales priven expresamente de efectos de cosa juzgada material.

#### SECCIÓN 4

## Especialidades del proceso ordinario

5150	Tutela de los derechos honoríficos de la persona	5152
	Tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen	5153
	Tutela del acuerdo societario	5154
	Tutela en caso de condiciones generales de la contratación	5155
	Tutela en materia arrendaticia	5156
	Tutela en materia de retracto	5157
	Tutela frente a la competencia desleal	5158
	Tutela en materia de defensa de la competencia	5159
	Tutela de propiedades especiales (industrial, patentes y marcas, e intelectual)	5162
	Tutela de la propiedad horizontal	5164
	Tutela frente a la publicidad	5165

5151 La LEC distingue entre procesos ordinarios, procesos especiales y un *tertium genus*: el de procesos ordinarios con especialidades. Es decir, diferencia los procesos especiales que tienen un **procedimiento específico** de aquellos procesos especiales que se siguen por los **trámites de un procedimiento ordinario**. Aunque la realidad es que, doctrinalmente, los denominados «procesos ordinarios con especialidades» son **procesos especiales** en sentido técnico estricto ( LEC art.249 y 250 ).

Las peculiaridades en la **tramitación del juicio ordinario** para la tutela especial obedecen a dos razones:

a) Que el derecho material que debe aplicarse en el caso concreto puede imponer la existencia de **normas procesales específicas**, como, por ejemplo, las que se refieren al concreto objeto del proceso, a la caducidad de la acción, a la legitimación, a la adopción de determinadas medidas cautelares, a la ejecución, etc.

b) Que en otros casos, la peculiaridad consista en normas que se refieren a la **forma o requisitos de los actos procesales**, como: los requisitos de la demanda en casos especiales y a las consecuencias de su incumplimiento ( LEC art.439 ).

#### 5152 Tutela de los derechos honoríficos de la persona

Las únicas especialidades propias de este procedimiento son:

- que **no cabe ejecución provisional** de las sentencias que no sean firmes ( LEC art.525 ); y,
- que el **Ministerio Fiscal** debe ser parte en estos procedimientos, en todo caso.

#### 5153 Tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

(LEC art.249.1.2)

En estos procesos:

- es siempre parte el **Ministerio Fiscal** y su tramitación tiene carácter preferente.
- **no** procede la **ejecución provisional** de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ( LEC art.525.3 ).

Se deben tener en cuenta, no obstante las disposiciones de la LO 1/1982 .

#### 5154 Tutela del acuerdo societario

(LEC art.52.1.10ª, 222.3 y 727.10ª)

Las especialidades que establece la LEC para la sustanciación de estos procesos son fundamentalmente:

- La **competencia territorial** corresponde al órgano judicial del domicilio social.
- Las sentencia que se dicten sobre **impugnación de acuerdos societarios** afectan a todos los socios, aunque no hubieran litigado.
- Puede acordarse como **medida cautelar**, la suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el primero, el 5% del capital social, según que la sociedad demandada hubiera o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieran admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

#### Precisiones

Deben tenerse en cuenta las especialidades que recoge el RDLeg 1/2010 , que aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital.

#### 5155 Tutela en caso de condiciones generales de contratación

(LEC art.52.1.14ª)

La única especialidad que establece la LEC para la sustanciación de las demandas en que se ejerciten acciones relativas a las condiciones generales de contratación, es la referente a la **competencia territorial**:

- En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la **no incorporación al contrato** o la **nulidad de las cláusulas** de condiciones generales de contratación, será competente el órgano judicial del domicilio del demandante.
- Cuando se ejerciten las **acciones declarativa, de cesación o de retractación**, es competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y a falta de este, el de su domicilio; si el demandado carece de domicilio en territorio español, el del lugar donde se haya realizado la adhesión.

Tratándose de **pretensiones de no incorporación y de nulidad**, está legitimado activamente el adherente.

Tratándose de **acciones colectivas** están legitimados activamente las asociaciones de empresarios, consumidores y usuarios que tengan encomendada la defensa de sus intereses, las cámaras de comercio, industria y navegación, el Instituto Nacional de Consumo y órganos similares de las comunidades autónomas, los colegios profesionales y el Ministerio Fiscal.

#### 5156 Tutela en materia arrendaticia

(LEC art.52.1.7º)

Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de **reclamaciones de rentas o cantidades debidas** por el arrendatario o del **desahucio** por falta de pago o por **extinción** del plazo de la relación arrendaticia.

En los juicios sobre arrendamiento de inmuebles y en los de desahucio es **competente** el juzgado del lugar en que esté radicada la finca.

#### 5157 Tutela en materia de retracto

(LEC art.266.3º)

En este proceso es **competente** el juzgado de primera instancia del lugar en que se halle la cosa litigiosa.

La **legitimación activa** le corresponde al titular del derecho de adquisición preferente, mientras que la **legitimación pasiva** la ostenta el adquirente de la finca.

Como especialidad, destacar que la demanda de retracto debe ir acompañada de los documentos que constituyan un **principio de prueba del título** en que se funde la demanda y, cuando la **consignación del precio** se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuera conocido el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociera.

#### 5158 Tutela frente a la competencia desleal

(LEC art.52.1.12ª y 217.4)

Las especialidades que recoge la LEC son:

- a) Las demandas en materia de competencia desleal, siempre que **no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad**, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.
- b) Es **competente** el juzgado de primera instancia del lugar en el cual el demandado tenga su establecimiento, y a falta de este, el de su domicilio o lugar de residencia; y cuando no lo tuviera en territorio español, el juzgado del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.
- c) En estos procesos corresponde al demandado la **carga de la prueba** de la exactitud y la veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas.

Debe tenerse en cuenta, también, lo dispuesto en la L 3/1991, de competencia desleal.

#### 5159 Tutela en materia de defensa de la competencia

(Tratado UE art.81 y 82 ; LDC art.1 y 2 )

La L 15/2007 (en adelante, LDC), de Defensa de la Competencia, prohíbe, en general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de **impedir, restringir o falsear la competencia** en todo o en parte del mercado nacional, así como, de la **explotación abusiva** por una o varias empresas de su **posición dominio** en el mercado. En el mismo sentido se pronuncian el Tratado CE art.81 y 82 , en el ámbito del **mercado común** o del comercio entre los Estados miembros.

La LDC introduce en esta materia varias **modificaciones** en la LEC:

- a) Las **demandas** en materia de defensa de la competencia, en aplicación de los mencionados artículos, se deciden en **juicio ordinario**, cualquiera que sea su cuantía, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamación de cantidad, en cuyo caso se tramitan por el procedimiento que le corresponda en función de la cuantía que se reclame ( LEC art.249.1.4º ).
- b) En estos procesos, el secretario da traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (organismo que asume actualmente las funciones de la anterior Comisión Nacional de la Competencia), de la resolución admitiendo la demanda en el plazo de 20 días concedido al demandado para contestar ( LEC art.404.3 ).
- c) La **sentencia** que se dicte en estos procesos se comunica por el letrado de la Administración de Justicia a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
- d) Se puede **suspender el plazo para dictar sentencia** en los procedimientos sobre la aplicación del Tratado CE art.81 y 82 y la LDC art.1 y 2 , cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional los Mercados y de la Competencia o los órganos competentes de las comunidades autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adopta motivadamente, **previa audiencia de las partes**, y se notifica al órgano administrativo. Este, a su vez, ha de dar traslado de su resolución al tribunal ( LEC art.434.3 ).

Contra el auto de suspensión del proceso solo se da el **recurso de reposición**.

e) La Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y los órganos competentes de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias pueden intervenir, **sin tener la condición de parte**, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la **aportación de información** o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación del Tratado CE art.81 y 82 y de la LDC art.1 y 2 . Con la venia del correspondiente órgano judicial, pueden presentar también **observaciones verbales**. A estos efectos, pueden solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una **valoración del asunto** de que se trate. La aportación de información no alcanza a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o **reducción del importe de las multas** previstas en la LDC art.65 y 66 .

La Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y los órganos competentes de las comunidades autónomas aportan la **información** o presentan las **observaciones** previstas en el número anterior 10 días antes de la celebración del acto del juicio o dentro del plazo de oposición o impugnación del recurso interpuesto.

El letrado de la Administración de Justicia da traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia del **escrito de interposición del recurso de apelación** ( LEC art.461.5 ).

Se puede **suspender el plazo** para dictar sentencia de apelación en los mismos términos mencionados en el punto anterior ( LEC art.465.6 ).

#### 5162 Tutela de propiedades especiales (industrial, patentes y marcas, e intelectual)

Existen especialidades procesales que dimanar de la L 24/2015 , de Patentes, la L 17/2011 , de Marcas, el RDL 1/1996, texto refundido de Propiedad Intelectual, así como en la L 20/2003 , de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

En materia de, patentes y marcas, la **competencia territorial**, por disposición de la ley de Patentes corresponde al juez de lo mercantil de la ciudad sede del tribunal superior de justicia de aquellas comunidades autónomas en las que el Consejo General del Poder Judicial haya acordado atribuir en exclusiva el conocimiento de los asuntos de patentes ( L 24/2015 art.118.2 ), salvo en el caso de marca comunitaria que lo serán los juzgados de lo mercantil que, conforme a la LOPJ, tienen atribuidas las funciones de juzgados de marca comunitaria en aplicación del Reglamento (CE) 207/2009, sobre la marca comunitaria.

Igualmente, la Ley de Patentes prevé que con carácter previo a la presentación de la demanda o con ocasión de esta última, la posibilidad de solicitar la **adopción de medidas cautelares** tendentes a asegurar la eficacia de las acciones ( L 24/2015 art.127 s. ) y en caso de la propiedad intelectual ( LEC art.727.9º ).

Otra especialidad digna de mención, es que, la LEC establece que las sentencias **declaratorias de la nulidad o caducidad de títulos** de propiedad industrial no son, en ningún caso, susceptibles de ejecución provisional ( LEC art.525.1.3º ).

5163 En materia de **propiedad intelectual**, lo más destacable es la **legitimación activa**, pues las acciones en materia de propiedad intelectual ostentan una gran singularidad, ya que tienen dicha legitimación, aquellas entidades de gestión de derechos reconocidos por la ley, de modo que se hay que acreditar esta legitimación por parte de dicha entidad al inicio del proceso, presentando **copia de sus estatutos** y **certificación** que acredite haber obtenido la autorización administrativa.

En cuanto a la **competencia**, corresponde al órgano judicial del lugar en que la infracción se haya cometido, existan indicios de su comisión, o en donde se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante ( LEC art.52.1.11ª ).

Asimismo, la LPI, prevé la posibilidad de que se adopten **medidas cautelares** en los supuestos en que haya infracción o temor racional fundado de que se vaya a producir tal infracción.

#### 5164 Tutela de la propiedad horizontal (LEC art.52.1.8º)

Aquí hay que tener en cuenta que se ejercitan por medio del **juicio ordinario**, cualquiera que sea su cuantía, las acciones que otorga a las **juntas de propietarios** y a estos la LPH, siempre que **no** versen exclusivamente sobre **reclamaciones de cantidad**, pues en tal caso se tramitan por el procedimiento que corresponda, es decir, el monitorio o el declarativo.

Es **competente** el juzgado del lugar en que se halle radicada la finca.

Las especialidades procesales dependen del **tipo de pretensión** que se ejercita de las previstas en la LPH.

#### 5165 Tutela frente a la publicidad ilícita

La LEC establece dos especialidades en estos procesos:

- a) Se tramitan por los cauces del **juicio ordinario** siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitan por el procedimiento que corresponda en función de la cuantía que se reclame.
- b) Las que supongan el **ejercicio de la acción de cesación** en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal.

Debe tenerse en cuenta las **especialidades** contenidas en las disposiciones de la L 34/1988 . La más destacable es la relativa a la sentencia estimatoria. Concretamente, establece que, de ser **estimada la demanda**, la sentencia estimatoria ha de contener alguno o algunos de los siguientes **pronunciamientos**:

- Concesión al anunciante de un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad.
- Ordenar que cese, prohibiendo de manera efectiva, la publicidad ilícita.
- Ordenando la total o parcial publicación de la sentencia a costa del anunciante.
- La exigencia de difundir publicidad correctora, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del caso.

b) Corresponde al demandado la **carga de la prueba** de la exactitud y veracidad de los datos materiales que la publicidad ilícita exprese ( LEC art.217.4 ).

**5166 Tutela en materia de retracto**  
(LEC art.266.2)

Su especialidad radica en la necesidad de aportar con la demanda los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuera conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociera.

| **SECCIÓN 5**

## Especialidades del juicio verbal

<b>5168</b>	A. Especialidades de los juicios verbales plenarios	5169
	B. Especialidades de los juicios verbales sumarios	5174

### A. Especialidades de los juicios verbales plenarios

**5169** Son objeto de este tipo de juicio las siguientes conductas tutelares:

**5170 Tutela dirigida a recuperar la posesión de una finca cedida en precario**  
(LEC art.52.1.7º y 250.1.2º)

Se tramitan por los cauces del **juicio verbal**, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la **recuperación de la plena posesión** de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

La especialidad radica en que si el **desahucio es de finca urbana**, la sentencia se dicta en los 5 días siguientes a la vista.

La **competencia territorial** corresponde al órgano judicial del lugar en que esté sita la finca.

Se apercibe al demandado en el requerimiento que se le realice que, ante la **incomparecencia a la vista**, se declara el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista. Igualmente, en la resolución que se dicte teniendo por opuesto al demandado se fija día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que debe verificarse antes de 30 días desde la fecha señalada para la vista, advirtiendo al demandado que, si la sentencia fuese condenatoria y no se recurriera, se procede al lanzamiento en la fecha fijada, sin necesidad de notificación posterior ( LEC art.440.4 ).

**5171 Tutela frente a deudas alimenticias**  
(LEC art.50; LEC art.266.1º)

Son **competentes** para estas pretensiones los juzgados de primera instancia y **territorialmente**, se tiene en cuenta el fuero personal de las personas físicas.

A la **demanda** han de acompañarse los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden los alimentos.

**5172 Tutela en materia de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales**  
(LO 2/1984 art.6)

En esta hipótesis, hay que tener presente lo dispuesto por la LO 2/1984 reguladora del **derecho de rectificación**, en la que se regula el derecho que toda persona, natural o jurídica, tiene a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Es **competente** para conocer de estos procedimientos el juzgado de primera instancia del domicilio del perjudicado o el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación.

Las **principales peculiaridades** de este procedimiento son las siguientes:

- a) El juez puede reclamar de oficio que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción escrita.
- b) Solo se admiten las pruebas que puedan practicarse en el acto.
- c) La sentencia se dicta en el mismo día o al siguiente del juicio.

Para el ejercicio de la acción de rectificación **no** es necesario **abogado ni procurador**.

**5173 Protección procesal de los consumidores y usuarios**  
(LEC art.52.16º y 728.3)

Las que supongan el ejercicio de la **acción de cesación** en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor.

En estos procedimientos el órgano judicial puede dispensar al solicitante de una **medida cautelar** del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

## B. Especialidades de los juicios verbales sumarios

5174	1.	Tutela dirigida al desahucio por falta de pago de la renta o por extinción del plazo de la relación arrendaticia	5175
	2.	Tutela posesoria y análoga	5185
	3.	Tutela para la efectividad de derechos reales inscrito en el Registro de la Propiedad	5190
	4.	Tutela en materia de ventas a plazo de bienes muebles y arrendamientos financieros	5195

### 1. Tutela dirigida al desahucio por falta de pago de la renta o por extinción del plazo de la relación arrendaticia

**5175** Las que versen sobre **reclamación de cantidades** por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, **recuperen la posesión** de dicha finca ( LEC art.250.1.1º ).

Las especialidades son:

**5176 Competencia territorial**  
(LEC art.52.1.7º)

Corresponde al órgano judicial del lugar en que este sita la finca, **no** siendo válida la **sumisión expresa o tácita** ( LEC art.54.1 ).

**5177 Enervación de la acción de desahucio**

Los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminan mediante decreto dictado al efecto por el letrado de la Administración de Justicia si, requerido aquel **previamente a la celebración de la vista** en los términos previstos en la LEC art.440.3 , paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el **importe de las cantidades reclamadas** en la demanda, y el de las

que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el **demandante se opone a la enervación** por no cumplirse los anteriores requisitos, se cita a las partes a la vista prevenida en la LEC art.443 , tras la cual el juez dicta sentencia por la que declara enervada la acción o, en otro caso, estima la demanda habiendo lugar al desahucio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando el **arrendatario haya enervado el desahucio en una ocasión anterior**, excepto que el cobro no hubiera tenido lugar por causas imputables al arrendador ni cuando el arrendador haya requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, un mes de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se haya efectuado al tiempo de dicha presentación.

La **resolución** que declare enervada la acción de desahucio condena al arrendatario al **pago de las costas devengadas**, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hayan cobrado por causas imputables al arrendador.

No se admiten las demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario si el arrendador no indica las **circunstancias concurrentes** que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio ( LEC art.439.3 ).

Los **requisitos** que ha de contener el requerimiento para impedir la enervación del desahucio por el inquilino son los siguientes ( TS 28-5-14, EDJ 85665 ; 23-6-14, EDJ 99475 ):

- la comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada;
- ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente;
- ha de referirse a rentas impagadas;
- debe transcurrir el plazo legalmente previsto, 30 días de antelación a la presentación de la demanda; y
- que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada.

Sin embargo, **no se exige** que el requerimiento para impedir la enervación del desahucio contenga:

- que el contrato va a ser resuelto.
- que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en **asesor del arrendatario**, sino tan solo a que le requiera de pago.

La **información** que se traslada al arrendatario es la crónica anunciada de un proceso judicial y no podía pasar desapercibida a la arrendataria, ni su gravedad ni las consecuencias, pues es comúnmente sabido que el impago de rentas genera la resolución del contrato y el desahucio de la vivienda o local. No estamos ante un derecho del arrendatario que pudiera conllevar la necesaria información para su ejercicio, sino ante un derecho del arrendador a que se le abonen las rentas y cantidades asimiladas (IBI) y una obligación de pago por parte del arrendatario.

## Precisiones

1) La enervación del desahucio **no se configura** tanto como un derecho cuanto como una oportunidad del arrendatario para evitar el desahucio por falta de pago, porque al arrendador no le es indiferente el momento en que se le pague la renta estipulada ( TS 26-3-09, EDJ 72814 ).

2) El **estudio detallado** de la enervación del desahucio por falta de pago es objeto de estudio en el nº 4140 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Civil.

### 5178 Acumulación de acciones

Se admite la acumulación de las acciones en reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, cuando se trate de juicios de **desahucio de finca por falta de pago** o por **expiración del plazo**, con independencia de la cantidad que se reclame. En estos casos, la **cuantía de la demanda** viene determinada por la acción de mayor valor.

Asimismo, también pueden acumularse las **acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario** previo requerimiento de pago no satisfecho.

En los casos de **reclamaciones de rentas periódicas**, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y el demandante lo haya interesado expresamente en su escrito de demanda, la sentencia incluirá la condena a satisfacer también las **rentas debidas** que se devenguen **con posterioridad a la presentación de la demanda** hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras, el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda ( LEC art.220 ).

### 5179 Condonación de la deuda



Si en la demanda se solicita el desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador, o por expiración legal o contractual del plazo, el demandante puede anunciar en ella que asume el **compromiso de condonar al arrendatario** todo o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, condicionándolo al **desalojo voluntario** de la finca dentro del plazo que se indique por el arrendador, que no puede ser inferior al plazo de 15 días desde que se notifique la demanda. Igualmente, puede interesarse en la demanda que se tenga por solicitada la **ejecución del lanzamiento en la fecha y hora** que se fije por el juzgado a los efectos señalados en LEC art.549.3 .

En estos casos, si el **arrendatario acepta el compromiso**, de no cumplirse con el plazo de desalojo establecido en la transacción, esta (y el compromiso) queda sin efecto, y se lleva a cabo el lanzamiento sin mas trámites y sin notificación alguna al condenado, en el día y hora fijados ( LEC art.21.3 ).

#### 5180 Previsiones al demandado en la citación para la vista

En los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el letrado de la Administración de Justicia, tras la **admisión y previamente a la vista** que se señale, requiere al demandado para que, en el plazo de 10 días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante este y alegue sucintamente, **formulando oposición**, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.

Si el **demandante** ha expresado en su demanda que **asume el compromiso** a que se refiere la LEC art.437.3 , se le pondrá de manifiesto en el requerimiento, y la aceptación de este compromiso equivaldrá a un allanamiento con los efectos de la LEC art.21 .

Además, el requerimiento expresará el **día y la hora** que se hubieran señalado para que tengan lugar la eventual vista, para la que servirá de citación, y la práctica del lanzamiento. Asimismo se expresará que en caso de solicitar **asistencia jurídica gratuita al demandado**, deberá hacerlo en los 3 días siguientes a la práctica del requerimiento.

El **requerimiento** se practica en la forma prevista en la LEC art.161 , apercibiendo al demandado de que, de no realizar ninguna de las actuaciones citadas, se procederá a su inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior, así como de los demás extremos comprendidos en el apartado siguiente de este mismo artículo.

Si el **demandado no atiende el requerimiento de pago o no comparece para oponerse o allanarse**, el letrado de la Administración de Justicia dicta decreto dando por terminado el juicio de desahucio y da traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud.

Si el **demandado atiende el requerimiento** en cuanto al desalojo del inmueble **sin formular oposición ni pagar la cantidad** que se reclamase, el letrado de la Administración de Justicia lo hace constar, y dicta decreto dando por terminado el procedimiento respecto del desahucio, dando traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud.

En todos los casos de desahucio, también se apercibe al demandado en el requerimiento que se le realice que, de **no comparecer a la vista**, se declara el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista. Igualmente, en la resolución de admisión se fija **día y hora** para que tenga lugar, en su caso, el **lanzamiento**, que deberá verificarse antes de un mes desde la fecha señalada para la vista, advirtiendo al demandado que, si la **sentencia fuese condenatoria** y no se recurriera, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada, sin necesidad de notificación posterior.

#### 5182 En estos procesos el demandado debe solicitar el **reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita** o interesar la designación de abogado y procurador de oficio dentro de los 3 días siguientes al de la notificación de la demanda ( LEC art.33.4 ), prevención que se hace constar en la cédula de citación ( LEC art.155.1 ).

En el acto de la vista, solo se permite al demandado **alegar y probar el pago** o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación ( LEC art.444 ).

En los casos de **desahucio en finca urbana** la sentencia se dicta en los 5 días siguientes a la vista, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del tribunal para recibir la notificación si no estuvieran representadas por procurador o no debiera realizarse por medios telemáticos, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los 5 siguientes al de la sentencia. Tratándose de **fincas rústicas** se dicta la sentencia en el plazo común de 10 años ( LEC art.447.1 ).

En los **procesos que lleven aparejado el lanzamiento**, no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al interponerlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

**5183** Los **recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación**, a que se refiere el apartado anterior, se declararán desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente deja de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar. El arrendatario puede adelantar o consignar el pago de varios períodos no vencidos, los cuales se sujetan a liquidación una vez firme la sentencia. En todo caso, el **abono de dichos importes** no se considera novación del contrato ( LEC art.449.1 y 2 ).

No procede el **recurso de queja** en los procesos de desahucio de finca urbana y rústica, cuando la sentencia que procediera dictar en su caso no tenga la consideración de cosa juzgada ( LEC art.494 ).

## 2. Tutela posesoria y análoga

---

**5185** Se contemplan cuatro **supuestos**:

1. Demandas que pretendan que el órgano judicial ponga en **posesión de bienes a quien los adquiriese por herencia**, si no estuvieran siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

Las especialidades que establece la LEC son:

a) A la demanda se ha de acompañar el documento en que conste fehacientemente la **sucesión *mortis causa*** a favor del demandante, así como la relación de **testigos** que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario ( LEC art.266.4 ). Cuando no se presente dicho documento, la demanda será inadmitida por medio de auto, que será susceptible de recurso de apelación, cuya tramitación será preferente.

b) Interpuesta la demanda en el caso de la LEC art.250.1.3º , el letrado de la Administración de Justicia llama a los **testigos propuestos por el demandante** y, según sus declaraciones, el tribunal dicta auto en el que denegará u otorgará, sin perjuicio de mejor derecho, la posesión solicitada, llevando a cabo las actuaciones que repute conducentes a tal efecto. El auto será **publicado por edictos**, que se insertarán en un lugar visible de la sede del tribunal en el Boletín Oficial de la provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación en la misma, a costa del demandante, instando a los interesados a comparecer y reclamar, en el plazo de 40 días, si consideran tener mejor derecho que el demandante.

Si **nadie comparece**, se confirma al demandante en la posesión; pero en caso de que se **presenten reclamantes**, previo traslado de sus escritos al demandante, el letrado de la Administración de Justicia le cita, con todos los comparecientes, a la vista, sustanciándose en adelante las actuaciones conforme a las reglas comunes sobre celebración de vista y sentencia ( LEC art.441.1 ).

**5186** 2. Demandas que pretendan la **tutela sumaria de la tercería** o de la **posesión** de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

Estas demandas han de interponerse antes de que transcurra el plazo de un año a contar desde el acto de despojo o perturbación ( LEC art.439.1 ).

Pueden pedir la **inmediata recuperación** de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

Cuando se solicite en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella, aquella puede dirigirse genéricamente contra los **ocupantes desconocidos** de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encuentre en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación. A la demanda se debe acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer ( LEC art.437.3 bis redacc L 5/2018).

En estos procesos, la notificación prevista en LEC art.441.1 debe hacerse a quien se encuentre habitando aquella. Se puede hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda. A efectos de proceder a la **identificación del receptor** y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación puede ir acompañado de los agentes de la autoridad. Si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procede su actuación, siempre que se haya otorgado el consentimiento por los interesados.

Si el demandante solicitó la **inmediata entrega de la posesión** de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de 5 días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiera acompañado a

la demanda fuera bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabe **recurso** alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontrara en ese momento en la vivienda. En todo caso, en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el **desalojo** de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de 7 días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan ( LEC art.441.1 bis redacc L 5/2018).

Cuando se trate de un caso de recuperación de la posesión de una vivienda, si la parte demandada **no contesta a la demanda** en el plazo legalmente previsto, se procederá de inmediato a dictar sentencia. La **oposición** del demandado puede fundarse exclusivamente en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor. La **sentencia estimatoria** de la pretensión permite su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de 20 días previsto en LEC art.548 ( LEC art.444.1 bis redacc L 5/2018).

**5187 3.** Demandas que pretendan que por el órgano judicial se resuelva, con carácter sumario, la **suspensión de una obra nueva** (que todavía no esté terminada).

Como especialidad procesal, cabe destacar que, admitida la demanda y antes incluso de que se le de traslado para la contestación a la demanda, el juzgado dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer **caución** para continuarla, así como solicitar que se le permita realizar las **obras indispensables** para conservar lo ya edificado. El tribunal puede disponer que se lleve a cabo **reconocimiento judicial, pericial o conjunto**, antes de la vista ( LEC art.441.2 ).

**5188 4.** Demandas que pretendan que el órgano judicial resuelva, con carácter sumario, la **demolición o derribo de obra, árbol, columna** o cualquier otro objeto análogo en **estado de ruina** y que amenace con causar daños a quien demande.

Este proceso no presenta especialidad alguna en la LEC, salvo los rasgos comunes a todas las tutelas sumarias.

### 3. Tutela para la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad

---

**5190** Las principales especialidades son las siguientes:

1. Como **requisitos de admisibilidad de la demanda**, se exige que en ella ( LEC art.439.2 ):

- a)** Se expresen las **medidas** que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recaiga.
- b)** Se señale, salvo renuncia expresa del demandante, la **caución** que conforme a lo previsto en la LEC art.64 haya de prestar el demandado para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiera irrogado y de las costas del juicio.
- c)** Se acompañe **certificación literal** del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia del asiento que legitima al demandante.

2. La **oposición del demandado** solo puede fundarse en alguna de las siguientes **causas** ( LEC art.444.2 ):

- a)** Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada.
- b)** Poseer el demandado la finca o disfrutar del derecho inscrito por contrato u otra relación jurídica directa con el último titular o titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito.
- c)** Que la finca o el derecho estén inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.
- d)** No ser la finca inscrita la que efectivamente posee el demandado.

### 4. Tutela en materia de ventas a plazo de bienes muebles y arrendamientos financieros

---

**5195** Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el **incumplimiento de un contrato** de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles, o de un **contrato de venta a plazos con reserva de dominio**, siempre que estén inscritos en el Registro de venta a plazos de Bienes Muebles y formalizados en el **modelo oficial** establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la **inmediata entrega del bien** al arrendador financiero, al arrendador o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de este, en su caso.

Es **competente** el juzgado de primera instancia del domicilio del comprador ( LEC art.52.2 ).

**5196** Como **especialidades procesales** se pueden destacar las siguientes:

1. En los casos de la LEC art.250.1.10.º y 11.º , cuando la acción ejercitada se base en el **incumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles a plazos**, no se admitirán las demandas a las que no se acompañe la acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en la L 28/1998 art.16.2 , así como certificación de la inscripción de los bienes en el Registro de venta a plazos de bienes muebles, si se tratase de bienes susceptibles de inscripción en el mismo ( LEC art.439.4 ).

2. Cuando se ejerciten acciones basadas en el **incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero**, no se admitirán las demandas a las que no se acompañe acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien ( LEC art.439.4 ).

3. Cuando se ejerciten acciones basadas en el **incumplimiento** de un contrato de **arrendamiento financiero o venta a plazos con reserva de dominio**, el tribunal ordena, al admitir la demanda, el depósito del bien cuya entrega se reclame ( LEC art.441.4 ).

4. La **oposición del demandado** solo puede fundarse en alguna de las causas siguientes ( LEC art.444.3 ):

- Falta de jurisdicción o de competencia del tribunal.
- Pago acreditado documentalmente.
- Inexistencia o falta de validez de su consentimiento, incluida la falsedad de la firma.
- Falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato.

## SECCIÓN 6

# Proceso europeo de escasa cuantía

(Rgto CE/861/2007; LEC disp.final 24ª)

**5200** Las normas rectoras de este proceso, aplicable a **reclamaciones** cuyo **importe**, excluidos intereses, costas y gastos **no supere 2.000 euros**, son las siguientes:

a) La **competencia objetiva** para conocer de la instancia de este cauce corresponde al juzgado de primera instancia o de lo mercantil, según cuál sea el objeto de la reclamación, determinándose la **competencia territorial** de acuerdo con el Rgto CE/44/2001 y, en lo no previsto, con arreglo a la legislación procesal española.

b) Su **inicio** y **trámite** sigue lo establecido en el Rgto CE/861/2007 , con arreglo los formularios que figuran en sus anexos. Supletoriamente, se aplica la regulación contenida en la LEC para el juicio verbal.

c) El **cómputo de los plazos** se rige por el Rgto CE/1182/71 , por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, sin que se excluyan los días inhábiles.

d) Las cuestiones a que se refiere Rgto CE/861/2007 art.4.3 y 4 (pretensión no incluida en el ámbito de este proceso, información proporcionada por el demandante no suficientemente clara o impertinente, formulario de demanda indebidamente cumplimentado, con posibilidad de subsanación en plazo) se deciden mediante **decreto del letrado de la Administración de Justicia**, salvo que implique la **desestimación de la demanda** (solicitud manifiestamente infundada, solicitud inadmisibile, desatención del requerimiento de subsanación de defectos en el formulario), en cuyo caso resolverá el juez mediante auto. En ambos casos se concederá un plazo de 10 días al demandante para que manifieste lo que a su derecho convenga al respecto.

e) Si el demandado adujese **inadecuación del procedimiento** por superar la reclamación de demanda no pecuniaria el valor antes indicado, el juez decidirá por auto en el plazo de 30 días, contado desde que se diera traslado al demandante para que formule alegaciones, si la demanda ha de tramitarse por el presente procedimiento o bien transformarse en el procedimiento correspondiente conforme a las normas procesales españolas. Contra este auto **no cabrá recurso alguno**, sin perjuicio de reproducir su alegación en la apelación contra la sentencia dictada en otro procedimiento. En caso de que se formule **reconvención por el demandado** y esta supere el límite de la cuantía indicada, el juez resolverá mediante auto que el asunto se tramite por el procedimiento que corresponda con arreglo a las normas procesales españolas.

f) Las **notificaciones** se llevan a cabo con arreglo a la LEC, siempre que se trate de medios de comunicación previstos en el Rgto CE/861/2007 , prioritariamente por medios informáticos o telemáticos y, en su defecto, por cualquier otro medio que también permita tener constancia de la entrega al demandado del acto de comunicación.

g) La **sentencia** que ponga fin al proceso europeo de escasa cuantía es susceptible de recurso con arreglo a la LEC.

h) La **competencia para la ejecución en España** de una sentencia dictada en otro Estado miembro de la Unión Europea que ponga fin a un proceso europeo de escasa cuantía corresponde al juzgado de primera instancia del domicilio del demandado. Igualmente, le corresponde la denegación de la ejecución de la sentencia, a instancia del

demandado, así como la limitación de la ejecución, la constitución de garantía o la suspensión del procedimiento de ejecución a que se refiere el Rgto CE/861/2007 art.22 y 23 .

5212

Precisiones

1) Los procedimientos de ejecución en España de las **sentencias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea** que pongan fin a un proceso europeo de escasa cuantía se rigen por la LEC. A estos efectos, el demandante debe presentar ante el juzgado competente una **traducción oficial** al castellano o a la lengua oficial de la comunidad autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales del certificado de dicha sentencia, certificada en la forma prevista en el Rgto CE/861/2007 art.21.2 .

2) La **tramitación de la denegación de la ejecución de la sentencia**, así como la limitación de la ejecución, su suspensión o la constitución de garantía, se llevan a cabo con arreglo a la LEC art.556 s. , sin que en ningún caso la sentencia pueda ser objeto de **revisión en cuanto al fondo**, y se resuelven mediante auto no susceptible de recurso.

3) Los **originales de los formularios** contenidos en los anexos del Rgto CE/861/2007 integran los autos tanto en los casos en los que sea un tribunal español el que resuelva el proceso europeo de escasa cuantía como en los casos en los que España sea Estado de ejecución del mismo. A los efectos oportunos, se han de expedir las **copias testimoniadas** que correspondan.

4) Para un **estudio detallado** del proceso europeo de escasa cuantía, ver nº 6200 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente el estudio de los **Formularios** Prácticos Proceso Civil.

SECCIÓN 7

## Procesos para la tutela privilegiada del crédito

5215	I. <b>Proceso monitorio</b>	5216
	A. Requisitos	5217
	B. Procedimiento	5232
	II. <b>Juicio cambiario</b>	5245
	1. Comparecencia	5245
	2. Requisito objetivo	5246
	3. Procedimiento	5247
	III. <b>Jura de cuentas</b>	5255
	Cuenta del procurador	5255
	Honorarios de los abogados	5256

### I. Proceso monitorio

5216 El juicio monitorio es un **proceso declarativo, plenario, especial**, dirigido a obtener rápidamente un título de ejecución, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio.

Nuestro proceso monitorio es documental, pues se exige la **aportación de la base documental del crédito** para que el juez pueda librar el mandamiento de pago, pero sus funciones de control en este momento inicial del proceso se hallan limitadas, ya que este proceso no se basa en la tenencia de un título dotado de singulares garantías, sino en el **silencio del deudor**. Basta su **pasividad** para que el requerimiento en convierta en **título ejecutivo** y, a la inversa, es suficiente la **mera constancia de oposición** para que se invalide el requerimiento inicial de pago y pueda el monitorio transformarse en un juicio verbal u ordinario, dependiendo de la cuantía, en el que, con toda amplitud, podrá discutirse cualquier tipo de excepción ( AP Baleares 19-5-05, EDJ 97018 ).

Precisiones

Para un **estudio detallado** de este proceso, ver nº 8120 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Civil.

#### A. Requisitos

5217 Distinguimos en este apartado entre:

- la atribución de competencias al órgano correspondiente (nº 5218 s. );
- los requisitos objetivos (nº 5222 s. ); y
- determinados supuestos que reflejan la sustanciación de los mismos mediante este proceso (nº 5225 ).

## 1. Competencia

**5218** Es exclusivamente competente para el proceso monitorio el juzgado del domicilio o residencia del deudor o, si no son conocidos, el del lugar en que el deudor pueda ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal ( LEC art.813 ). Estamos por lo tanto ante un **fuero de carácter imperativo**, por lo que es preciso darle un carácter semejante al dispensado a la competencia objetiva ( TS auto 14-6-06, cuestión de competencia EDJ 84840 ).

Cabe la posibilidad de dirigir la **petición inicial** del procedimiento monitorio **frente a varios deudores**, lo que obliga a completar esta norma competencial con la prevista en LEC art.53.2 , de forma que el **accionante puede elegir**, de entre los competentes, el juzgado ante el que estime más conveniente presentar la petición inicial del proceso monitorio ( TS auto 21-11-08, EDJ 267879 ; AP Asturias auto 30-9-10, EDJ 261746 ), como también se infiere de la aplicación analógica de la LEC art.820.2 , relativa al proceso cambiario, siendo necesario en todo caso que exista un **nexo por razón del título** conforme a lo dispuesto en la LEC art.72 ( TSJ Cataluña auto 15-3-10, EDJ 78733 ).

Cuando se trate de la reclamación de deuda en concepto de **gastos comunes de comunidades de propietarios** de inmuebles urbanos es también competente el tribunal del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante.

Las **alteraciones** que una vez iniciado el proceso se produzcan en cuanto al **domicilio de las partes** no modificarán la competencia, que se determinará según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia; esto es, desde el momento de interposición de la demanda.

Sin embargo **no** cabe hablar de **cambio de domicilio** cuando, en realidad, se trata de un domicilio equivocado por haberse producido dicho cambio de residencia con anterioridad al inicio del proceso monitorio. En este caso, si tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el letrado de la Administración de Justicia sobre el domicilio o residencia, estas son infructuosas o el **deudor es localizado en otro partido judicial**, el juez dicta auto dando por terminado el proceso, haciendo constar tal circunstancia y reservando al acreedor el derecho a instar de nuevo el proceso ante el juzgado competente - LEC art.813 *in fine*- ( TS auto 14-6-11, EDJ 146982 ; auto 14-6-11, EDJ 146988 ; auto 24-10-08, EDJ 212101 ; auto 5-1-10, EDJ 4857 ).

En todo caso, no son de aplicación las normas sobre **sumisión expresa o tácita**.

**5219** *Atribución de competencias a los juzgados de lo mercantil*

Se atiende a la **naturaleza sustantiva de la reclamación**, prescindiendo del proceso en que se actúe. Así, existen determinados supuestos en los que se da la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil mediante el criterio de **asignación material o sustantivo** ( LOPJ art.86 ter.2.b ). En este sentido, no puede obviarse que la petición inicial del proceso monitorio debe señalar, no solo la **cuantía de la deuda**, acompañándose los documentos a que se refiere LEC art.812 , sino también su **origen** ( LEC art.814 ), lo que proporciona los datos necesarios para realizar el control relativo a la competencia objetiva, apreciable de oficio ( LEC art.48 ).

### Precisiones

A título de ejemplo, es competente el juzgado de lo mercantil para conocer de la petición inicial del proceso monitorio cuando la **deuda** tenga su **origen en el incumplimiento de un contrato de transporte** ( AP Barcelona auto 11-4-07, EDJ 130236 ), cuando se promueva por la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores) en reclamación de un **crédito devengado por la titularidad de derechos de propiedad intelectual** ( AP Barcelona auto 30-6-11, EDJ 189877 ).

Por el contrario, se ha declarado la **competencia objetiva del juzgado de lo civil** en un proceso monitorio basado en una acción de cumplimiento contractual o de resarcimiento del daño por incumplimiento de responsabilidad de administradores de sociedad mercantil ( AP Asturias auto 17-2-06, EDJ 45933 ).

**5220** *Apreciación de oficio de falta de competencia territorial*

El juez que conoce del proceso monitorio puede de oficio declarar que carece de competencia territorial ( TS auto 25-11-02, EDJ 126236 ).

Como **excepción**, una vez practicado el requerimiento de pago y contestado este por el deudor formulando oposición, no cabe que el juez de oficio aprecie su incompetencia ( TS auto 8-11-06, EDJ 371782 ).

## 2. Requisitos objetivos

---

5222 Puede acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el **pago de deuda dineraria** de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes ( LEC art.812 ):

- a) Mediante **documentos**, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica.
- b) Mediante **facturas, albaranes de entrega**, certificaciones, **telegramas**, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

Sin perjuicio de lo expuesto y cuando se trate de deudas dinerarias, líquidas, determinadas, vencidas y exigibles, podrá también acudir al proceso monitorio para obtener su pago en los casos siguientes:

- c) Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten **documentos comerciales** que acrediten una relación anterior duradera.
- d) Cuando la deuda se acredite mediante **certificaciones de impago** de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos (ver LPH art.21 ).

En cuanto al **requisito del vencimiento**, deben tenerse en cuenta los supuestos en los que una deuda resulta exigible antes de su vencimiento, como sucede cuando así lo pactan las partes, o en los escenarios previstos en el CC art.1129 : insolvencia del deudor sobrevenida o desconocida por el acreedor, salvo que se garantice la deuda; falta de otorgamiento por el acreedor de las garantías a que estuviese comprometido; disminución de estas por actos propios deudor, o desaparición por caso fortuito, si no se sustituyen inmediatamente por otras nuevas e igualmente seguras.

Además, la deuda debe venir determinada en **moneda de curso legal, nacional o extranjera** ( AP Barcelona auto 15-4-11, EDJ 88677 y auto 14-4-10, EDJ 124857 ; AP Sta. Cruz de Tenerife auto 3-10-05, EDJ 202431 ), y en este último caso, si corresponde a un país de fuera de la Unión Europea, se exige que se acompañe certificado de cambio oficial.

## 3. Casuística

---

5225 Se exponen a continuación determinados supuestos que reflejan la sustanciación de los mismos mediante el proceso monitorio.

1. En principio, **no existe restricción alguna por razón de la materia** para acudir al proceso monitorio. No obstante, suscita problemas la posibilidad de articularlo para reclamar el arrendador las rentas vencidas o cantidades debidas por el arrendatario, pero sin instar su desahucio (por ejemplo, cuando el arrendatario abandona voluntariamente el inmueble antes de ser intimado a ello, dejando de pagar lo acordado contractualmente). En cualquier caso, los tribunales se han decantado mayoritariamente por considerar que no procede en tales casos inadmitir la petición inicial de proceso monitorio fundada en un supuesto principio de especialidad en relación con la materia de **arrendamientos urbanos**, que la LEC art.250.1.1ª remite al juicio verbal cuando se trata de la reclamación de rentas o cantidades debidas, y ello porque tal previsión general no excluye la posibilidad de llevar las reclamaciones dinerarias que deriven de la relación arrendaticia al proceso monitorio ( AP Tarragona auto 29-4-03 , EDJ 126083 ; AP Ciudad Real auto 27-9-01, EDJ 75549 ; AP Cádiz auto 4-9-06, EDJ 377932 ; AP Madrid auto 19-2-10, EDJ 118803 ).

2. El acreedor que posee **títulos cambiarios** representativos de su crédito pueda elegir entre acudir al procedimiento monitorio o al procedimiento cambiario ( LEC art.819 a 827 ), siempre y cuando su deuda no supere los 250.000 euros, ya que en este caso deberá acudir al cambiario ( AP Toledo auto 2-2-02, Rec 1/02 ; AP Baleares auto 1-2-05, EDJ 12039 ; AP Sta. Cruz de Tenerife auto 19-11-08, EDJ 297304 ; AP Castellón auto 9-7-07, EDJ 176296 ).

5226 3. También cabe promover el proceso monitorio para reclamar un **crédito basado en un título ejecutivo arbitral o no jurisdiccional** (los comprendidos en la LEC art.517.2.4º a 7º ). En concreto, con respecto a la reclamación en base a la póliza de arrendamiento financiero o póliza de préstamo mercantil intervenida, el acreedor no está obligado a formular su reclamación en el proceso de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales (que, no se olvide, carece de efecto de cosa juzgada material) sino que puede elegir el que más le interese ( AP Asturias auto 6-11-06, EDJ 344373 ; AP Madrid auto 20-4-04, EDJ 120523 ; AP Barcelona auto 12-12-05, EDJ 257144 ). De hecho, puede incluso considerarse más beneficioso para el deudor que sea requerido de pago mediante un proceso monitorio por cuanto:

- en caso de que **atienda a dicho requerimiento**, no tendrá que hacer frente a las costas generadas por no ser preceptiva la intervención de letrado y procurador ( LEC art.32.5 y 814.2 ), mientras que en la ejecución forzosa tendría que hacer frente a las costas aún si atendiera al requerimiento de pago ( LEC art.583.2 ); y

- en caso de **oponerse al requerimiento de pago** no tendrá limitado los motivos de oposición como ocurre en la ejecución forzosa ( LEC art.557 s. ; AP Barcelona auto 12-12-05, EDJ 257144 ).

**4.** Con respecto al **cobro de los servicios de profesionales jurídicos** (abogado y procurador) a través del monitorio, aunque se prevén expresamente trámites procesales para ello en los LEC art.34 y 35 (jura de cuentas), con tramitación procedimental similar a la del monitorio, se admite igualmente recurrir a este último a elección del acreedor, sin que de este modo se limite ninguna posibilidad de defensa al demandado, pudiendo oponer también el carácter de excesivos o indebidos de los mismos vía oposición.

Y es que ningún precepto de la LEC exige que el **letrado reclame la minuta** de sus honorarios a su propio cliente por un **procedimiento concreto y específico**; bien puede acudir al procedimiento privilegiado de jura de cuentas ( LEC art.35 ), bien al procedimiento monitorio ( LEC art.812 , siempre que concurren los requisitos exigidos en dicho precepto) o bien mediante el procedimiento declarativo que corresponda por la cuantía. La **elección de uno u otro procedimiento** corresponde al propio letrado que como acreedor puede, dentro de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, optar por la vía procesal que considere más conveniente según las circunstancias del caso concreto ( AP Burgos auto 2-1-03, EDJ 273527 ; AP Madrid auto 13-2-08, EDJ 39070 ; AP Girona auto 11-4-07, EDJ 139455 ; AP Murcia auto 28-2-07, EDJ 116898 ; AP Almería auto 14-3-07, EDJ 115319 ; AP Cantabria auto 27-1-03, EDJ 45770 ; AP Jaén auto 26-10-10, EDJ 315996 ; AP Sevilla auto 19-11-07, EDJ 368017 ).

En contra, se ha argumentado que no cabe tal alternativa porque se altera el **órgano jurisdiccional competente** desde el punto de vista territorial o funcional para la protección del derecho por el cauce procesal privilegiado ( AP Baleares auto 23-1-04, EDJ 313092 ; AP Soria auto 26-11-02, EDJ 68278 ).

**5227 5.** No se discute la posibilidad de que los abogados reclamen a través del procedimiento monitorio los honorarios devengados como consecuencia de actuaciones de carácter **extrajudicial** ( AP Girona auto 23-1-08, EDJ 51078 ).

**6.** Las **cuotas de urbanización** generadas por las actuaciones de transformación urbanística pueden ser exigidas a través del proceso monitorio ( AP Guadalajara 23-7-04, EDJ 89215 ).

**7.** La **acumulación objetiva** de varias reclamaciones contra un mismo deudor debe entenderse posible siempre que se cumplan los requisitos exigidos para ello con carácter general -esto es, siempre que las reclamaciones no sean incompatibles entre sí, en los términos previstos en la LEC art.71.2, 3 y 4 -, y siempre que aún con la acumulación se den los presupuestos necesarios para que sea admisible el proceso monitorio, y siempre que todas ellas se acrediten en alguna de las formas recogidas por la LEC art.812 -.

**8.** En los supuestos en los que se pretenden reclamar responsabilidades indemnizatorias, compensatorias o restitutorias (las llamadas «**deudas de valor**») cuando la expresión dineraria de la deuda no ha sido constatada previamente sino que se trata de una cuantificación de parte, resulta obligada su previa liquidación para su efectividad vía monitorio. Por tanto, no puede acudirse al monitorio cuando se pretende el reconocimiento de una **responsabilidad extracontractual**, y más específicamente cuando se ejercita una acción indemnizatoria de daños y perjuicios por un **accidente de circulación**, ya que no es cauce este proceso para cobrar las cuantificaciones unilaterales derivadas de relaciones extracontractuales ( AP Madrid auto 26-2-02, EDJ 136220 ). Tampoco lo es para ejercitar la acción de repetición contra el propietario del **vehículo** y el responsable del accidente de circulación ( AP Madrid auto 26-5-06, EDJ 315273 ).

**9.** No puede acudirse al proceso monitorio para reclamar el **cobro o pago de lo indebido** ( AP Las Palmas auto 28-6-10, EDJ 273817 ).

**10.** Cuando se acciona alegando la condición de acreedor con base en un **incumplimiento contractual**, es frecuente la inadmisión del procedimiento monitorio bajo el argumento de falta de liquidez y vencimiento de la deuda, reputándose necesario un pronunciamiento declarativo sobre la realidad del incumplimiento y de la correlativa consecuencia de la restitución de la prestación efectuada por el contratante cumplidor ( AP Madrid auto 17-5-07, EDJ 78039 ; AP Barcelona auto 30-5-02, EDJ 136136 . En contra, AP Barcelona auto 11-4-07, EDJ 106195 ; AP Asturias auto 17-2-06, EDJ 45933 ; y, de modo implícito, TS auto 13-11-08, EDJ 236731 ). Sin embargo, en los supuestos en los que existe un contrato con cláusula de **vencimiento anticipado** por incumplimiento, sí se admite su reclamación vía monitorio.

**5229 11.** Puede formularse la petición inicial de procedimiento monitorio en virtud de un **crédito cedido**, siempre y cuando se aporte un principio de prueba indiciario de la existencia de la cesión del crédito, sin que sea necesaria la notificación o consentimiento del deudor cedido, sin perjuicio de lo que pueda resultar de la posible oposición ( AP Madrid auto 15-10-07, EDJ 231584 ; auto 28-3-07, EDJ 113386 ; auto 13-2-07, EDJ 51150 ; auto 8-2-07, EDJ 50779 ; auto 4-4-06, EDJ 62102 ; AP Sta. Cruz de Tenerife auto 22-12-03, EDJ 273541 ).

**12.** En ocasiones, se admite la posibilidad de **reclamar intereses junto con el principal** por aplicación analógica de lo establecido en LEC art.575 , con lo que se permite la reclamación de los intereses ordinarios y moratorios vencidos, así como la de los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la tramitación del procedimiento hasta la fecha de pago efectivo, siempre que se pre-establezcan los parámetros aplicables para ello ( AP Madrid auto 15-9-08,



EDJ 225364 ; AP Valladolid 20-11-07, EDJ 307701 ; AP Salamanca auto 15-11-07, EDJ 362076 ). No obstante, la mayoría de los pronunciamientos limitan la **posibilidad de exigir intereses** junto con el principal condicionándolo a que los mismos sean vencidos y exigibles al momento de presentación de la petición inicial del proceso monitorio, así como que estén perfectamente determinados de forma específica y concreta, sin que pueda por lo tanto incluirse la reclamación de aquellos intereses que se vayan devengando hasta la fecha efectiva de pago ( AP Barcelona auto 21-10-08, EDJ 264257 ; AP Sevilla auto 7-1-04, EDJ 6950 ; AP Barcelona auto 19-11-01, EDJ 74217 ; AP Tarragona auto 10-12-02, EDJ 136267 ).

13. La posibilidad de que una petición inicial de procedimiento monitorio pueda ser inadmitida por apreciarse de oficio, ad limine litis, una **cláusula general abusiva** en la que se establezcan unos intereses moratorios y comisiones por recobro de descubiertos desproporcionadamente elevados a tenor de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, se ha defendido sobre la base de considerar que el carácter abusivo de una cláusula contractual para el consumidor integra una cuestión que afecta al interés público y supone, conforme a lo dispuesto en CC art.6.1 , la infracción de la norma imperativa que prohíbe la inserción de ese tipo de cláusulas en los contratos con consumidores ( AP Lleida auto 27-3-09, EDJ 195080 ; AP Asturias auto 23-6-09, EDJ 139565 , citando ambas como apoyo la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4-6-09, EDJ 91752 ). En contra de esta posibilidad revisora: AP Lleida auto 22-5-09, EDJ 214694 ; AP Bizkaia auto 17-11-05, EDJ 271555 ; AP Barcelona auto 14-7-11, EDJ 183253 ; auto 2-3-05, EDJ 50956 , auto 9-11-06, EDJ 460642 y auto 24-5-04 que cita el de la AP Bizkaia auto 18-4-02, EDJ 33722 ).

5230 14. Se admite la posibilidad de reclamar vía monitorio el pago de **cantidad determinada de cosa o especie computable en dinero** ( AP Madrid auto 8-3-05, EDJ 183250 ).

15. En los **contratos de préstamo** se admiten las liquidaciones de deuda unilateralmente realizadas por la parte peticionaria ( AP Cádiz auto 17-2-02, Rec 467/02 ; AP Sevilla auto 22-9-03, EDJ 149176 ; AP Navarra auto 25-6-01, EDJ 107480 ). Asimismo, en los supuestos de contratos de préstamo con cláusula de **vencimiento anticipado**, las liquidaciones de deudas unilaterales son consideradas lícitas y válidas en cuanto no aparezcan desprovistas de base objetiva, sean arbitrarias o dependientes de la sola voluntad de una de las partes. Por lo tanto, para acudir al monitorio en estos casos, deberá acreditarse, en virtud de un principio de prueba, la existencia de una estipulación contractual de tal naturaleza y la aportación del recibo o recibos no satisfechos como circunstancias habilitantes ( AP Barcelona auto 14-4-10, EDJ 125304 ; AP Cuenca auto 5-2-10, EDJ 28334 ; AP Bizkaia auto 18-4-02, EDJ 33722 ). Por el contrario, en las reclamaciones basadas en los **saldos deudores de la utilización de una tarjeta de crédito**, es necesaria la acreditación de la realidad de las concretas operaciones que han generado la supuesta existencia de la deuda, de manera que la certificación del saldo deudor del acreedor por sí sola carece de valor probatorio en tanto está expedida unilateralmente, de forma que no sirve de base para la petición inicial de procedimiento monitorio ( AP Madrid auto 3-5-11, EDJ 116018 ; AP Pontevedra auto 16-6-06, EDJ 111963 ; AP Guadalajara auto 27-7-05, EDJ 216823 ; AP Barcelona auto 14-6-11, EDJ 163868 ; AP Sta. Cruz de Tenerife auto 5-5-10, EDJ 277147 ).

## B. Procedimiento

(LEC art.815 a 818 )

5232	1. Petición inicial	5233
	2. Admisión de la petición y requerimiento de pago	5235
	3. Incomparecencia y despacho de la ejecución	5237
	4. Conductas del deudor y efectos	5238

### 1. Petición inicial

5233 El procedimiento monitorio comienza por **petición del acreedor** en la que se expresan la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residan o puedan ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el documento o documentos justificativos de la misma.

La petición puede extenderse en **impreso** o **formulario** que facilite la expresión de estos extremos.

La posibilidad de solicitar **medidas cautelares** junto con la petición inicial de procedimiento monitorio podría desecharse porque en principio parece que el carácter sumario y ágil del proceso debilitan la efectiva concurrencia del presupuesto básico de toda medida cautelar, cual es el peligro de mora procesal o *periculum in mora*; porque la regulación del procedimiento monitorio no prevé expresamente esta posibilidad, como sí ocurre, por ejemplo, con la del procedimiento cambiario; porque no se da el requisito previsto en los LEC art.721 y 726 , puesto que el objetivo de toda medida cautelar es hacer efectiva la tutela de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse, resolución esta

que no se produce en el proceso monitorio; o por la dificultad de llevar a cabo el trámite contradictorio previsto en la LEC art.733 .

5234

#### Precisiones

1) Por otro lado, a favor de la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un proceso monitorio puede alegarse que la instrumentalidad de las medidas cautelares no solo opera respecto de las sentencias de condena, sino también respecto de **cualquier otro tipo de resolución**, como el auto que despacha ejecución en el proceso monitorio; que conforme al LEC art.5 la posibilidad de instar la **adopción de medidas cautelares se reconoce con carácter general** y sin excepción alguna para todos los juicios civiles; y que, por sumario que sea el proceso monitorio, durante su tramitación sí puede frustrarse la tutela judicial solicitada por el actor, concurriendo así el requisito del peligro de mora procesal ( AP Alicante auto 29-3-06, EDJ 282456 ; AP Madrid auto 12-9-05, EDJ 151284 ; AP Tarragona auto 17-11-03, EDJ 220151 ; AP Zaragoza auto 8-11-02, EDJ 68079 ).

2) Existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el proceso monitorio, destacando la **naturaleza jurídica** del proceso monitorio, al que califica de declarativo, sosteniendo que el proceso monitorio no parte de un título ejecutivo sino que tiende a crearlo, puesto que surge con la **«no oposición del demandado»**, y que, como tal proceso declarativo, no posee ningún privilegio especial respecto a los juicios declarativos (ordinario y verbal) en la primera fase de su desarrollo, que es meramente admonitiva y no ejecutiva, lo que se ha representado con la típica frase «paga o da razones», resaltando asimismo la **similitudes** existentes entre el proceso monitorio y el cambiario y que en el proceso cambiario sí se prevé expresamente una concreta medida cautelar, el embargo preventivo. Se argumenta que existen razonamientos de naturaleza sistemática que apoyan la tesis favorable a la **adopción de medidas cautelares** en el proceso monitorio puesto que las mismas se encuentran reguladas en un libro independiente que hace referencia a medidas concretas de ejecución y que por ello no existe razón alguna para pensar que solo son aplicables a los procesos declarativos tipo, puesto que en la propia Exposición de Motivos de la LEC se expone que «en cuanto a las medidas cautelares, esta Ley las regula en un **conjunto unitario de preceptos**, del que solo se excluyen, los relativos a medidas específicas de algunos proceso civiles especiales», destacando la finalidad de toda medida cautelar que es **asegurar la efectividad de la tutela judicial** que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dicte, no pudiendo comprenderse que dicha garantía solo pueda pedirse en el ordinario o el verbal puesto que el plazo de 20 días que tiene el deudor para oponerse es suficiente para hacer inefectiva la sentencia definitiva que se dicte ( AP Zaragoza auto 8-11-02, EDJ 68079 ).

3) En atención a todo lo expuesto solo puede concluirse que nada impide que en este proceso especial se adopten medidas cautelares, puesto que ni la ley lo prohíbe ni resultan **incompatibles con la naturaleza de dicho procedimiento**, y no puede olvidarse que las medidas cautelares son parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva y que nada justificaría que si el actor opta por el proceso monitorio ello le suponga una **renuncia a la adopción** de medidas cautelares y en definitiva al aseguramiento del efectivo cumplimiento de la tutela que solicita, puesto que con ello se mermaría la **protección eficaz del crédito dinerario líquido** pretendida mediante la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de este proceso especial ( AP Tarragona auto 17-11-03, EDJ 220151 ; AP Cáceres auto 19-4-04, EDJ 68379 ; AP Madrid auto 13-5-04, EDJ 93424 ; auto 13-5-04 ; AP Sevilla auto 8-6-04, EDJ 91340 ; AP Cáceres auto 23-7-04, EDJ 79729 ; AP Madrid auto 12-9-05, EDJ 151284 ).

#### 2. Admisión de la petición y requerimiento de pago

5235 Si los documentos aportados con la petición son de los previstos legalmente para acceder a este proceso o constituyen, a juicio del tribunal, un **principio de prueba del derecho del peticionario**, confirmado por lo que se exponga en aquella, se requerirá al deudor por el letrado de la Administración de Justicia para que:

- en el plazo de 20 días, pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal; ó
- comparezca ante este y alegue de forma fundada y motivada, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

El requerimiento se **notifica personalmente**, con apercibimiento de que, de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución.

En las **reclamaciones por deudas** a la comunidad de propietarios, la notificación debe efectuarse en el domicilio previamente designado por el deudor para las notificaciones y citaciones de toda índole relacionadas con los asuntos de la comunidad de propietarios.

Si **no se ha designado** tal **domicilio**, se intenta la comunicación en el piso o local, y si tampoco puede hacerse efectiva de este modo, se le notifica edictalmente.

Si de la documentación aportada con la petición se desprende que la **cantidad reclamada no es correcta**, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al juez, quien, en su caso, mediante auto podrá plantear al peticionario

aceptar o rechazar una propuesta de requerimiento de pago por el importe inferior al inicialmente solicitado que especifique. En la propuesta, se deberá informar al peticionario de que, si en un plazo no superior a 10 días no envía la respuesta o la misma es de rechazo, se le tendrá por desistido.

Esta posibilidad reconocida al juzgado implica una importante limitación al **principio de prueba** que inspira el proceso monitorio, y en virtud del cual no es el momento de la petición inicial cuando deben hacerse exhaustivas operaciones o comprobaciones de la reclamación formulada, previstas para que se practiquen solo si el deudor se opone a la pretensión de forma total o, en su caso, parcial, actuaciones que en consecuencia podrían perder operatividad con la nueva regulación ( AP Zamora 23-6-11, EDJ 187397 ).

### 5236 Monitorio entre empresario o profesional y consumidor: examen de oficio de las cláusulas contractuales

(LEC art.815.4)

Si la reclamación de la deuda se funda en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el letrado de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible **carácter abusivo** de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará **audiencia** por 5 días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante **auto** dentro de los 5 días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de **abogado** ni de **procurador**.

Si **se estima** el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal **no estima** la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el letrado de la Administración de Justicia procederá a requerir al deudor.

El auto que se dicte será directamente **apelable** en todo caso.

### 3. Incomparecencia y despacho de la ejecución

(LEC art.816)

5237 Si el deudor no atiende el requerimiento de pago o no comparece, el letrado de la Administración de Justicia dicta decreto dando por terminado el proceso monitorio y da **traslado al acreedor** para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la **mera solicitud**, sin necesidad de que transcurra el plazo de 20 días previsto en LEC art.548 .

Despachada ejecución, proseguirá esta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la **oposición** prevista en estos casos, pero el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la **cantidad reclamada** en el monitorio o la **devolución** de la que con la ejecución se obtenga.

Desde que se dicte el auto despachando ejecución la deuda devengará el interés de demora, esto es el **devengo de un interés anual** igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

### 4. Conductas del deudor y efectos

#### 5238 Pago del deudor

Si el deudor atiende el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se le hará entrega de **justificante de pago** y se archivarán las actuaciones por el letrado de la Administración de Justicia. En este caso, no habrá imposición de **costas**, al no ser preceptiva la asistencia técnica ( AP Barcelona auto 12-11-02, EDJ 136303 ).

#### 5239 Oposición del deudor

Si el deudor presenta escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda, teniendo la sentencia que se dicte **fuerza de cosa juzgada**.

El escrito de oposición deberá ir **firmado por abogado y procurador** cuando su intervención sea necesaria por razón de la cuantía, según las reglas generales.

Si la oposición del deudor se funda en la existencia de **pluspetición**, se actuará respecto de la cantidad reconocida como debida conforme a las normas previstas para el allanamiento parcial.

1) El escrito de oposición no puede limitarse a una negativa al pago genérica o expresada con una fórmula automática, sino que debe estar **motivada** ( AP Zaragoza 14-11-09, EDJ 383419 ; AP Bizkaia auto 29-11-06, EDJ 410061 ; AP Valladolid auto 18-5-06, EDJ 87960 ), no siendo los motivos de oposición **tasados**, de forma que el deudor puede alegar tanto razones de fondo como puramente formales o procesales, con la misma consecuencia de terminar inmediatamente el juicio monitorio y remitirse el asunto al declarativo correspondiente.

2) A la hora de redactar el escrito de oposición, no debe perderse de vista su **efecto preclusivo** respecto de la actuación procesal que posteriormente puede desarrollarse en el juicio declarativo en el que el mismo eventualmente desemboque, ya que existe una vinculación clara entre las causas de oposición manifestadas en el escrito de oposición al monitorio con las que debe mantener en el declarativo subsiguiente, como existe para el acreedor entre su pretensión inicial del proceso monitorio y la pretensión que debe mantener en el verbal posterior a la oposición ( AP Asturias 27-8-07, EDJ 278980 ).

3) Por el contrario, a favor de la concepción independiente de la oposición respecto del declarativo posterior, se alega que si no pudieran **ampliarse los motivos de oposición** se limitaría el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que exista norma alguna que establezca el carácter preclusivo de la oposición monitoria ( AP Valencia 16-11-05, EDJ 291956 ; AP Jaén 27-4-04, EDJ 36509 ; AP Barcelona 8-9-05, EDJ 239248 ; AP Madrid auto 14-3-07, EDJ 51260 ).

5240 **Traslado para contestar al demandado**  
(LEC art.818.2)

Cuando la **cuantía** de la pretensión **no excede** de la propia del **juicio verbal**, el letrado de la Administración de Justicia dicta decreto dando por terminado el proceso monitorio y acordando seguir la tramitación conforme a lo previsto para este tipo de juicio, dando traslado de la oposición al actor, quien puede impugnarla por escrito en el plazo de 10 días. Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de esta, pueden solicitar la celebración de vista, siguiendo los trámites previstos en LEC art.438 s.

5241 **Sobreseimiento de las actuaciones**  
(LEC art.818.2)

Cuando el importe de la reclamación exceda de 2.000 euros, si el **petionario no interpone la demanda** correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al acreedor.

## II. Juicio cambiario

(LEC art.819 a 825 , 826 y 827 )

5242	1. Competencia	5245
	2. Requisito objetivo	5246
	3. Procedimiento	5247

### 1. Competencia

5245 Es competente para el juicio cambiario el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado.

Si el tenedor del título **demandado a varios deudores** cuya obligación surge del mismo título, es competente el domicilio de cualquiera de ellos, quienes pueden comparecer en juicio mediante una representación independiente.

No son aplicables las normas sobre **sumisión expresa o tácita** contenida en la sección II del Capítulo II, Título II del Libro I.

### 2. Requisito objetivo

5246 Solo procede el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta **letra de cambio, cheque o pagaré** que reúnan los requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque.

#### 5247 Demanda sucinta

El juicio cambiario comienza mediante demanda sucinta a la que se acompaña el **título cambiario**.

El órgano judicial analiza, por medio de auto, la **corrección formal del título cambiario** y, si lo encuentra conforme, adopta, sin más trámites, las siguientes medidas:

1. **Requerir al deudor** para que pague en el plazo de 10 días.
2. Ordenar el inmediato **embargo preventivo** de los bienes del deudor por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago.

Contra el auto que deniegue la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior puede interponer el demandante los **recursos** a que se refiere la LEC art.552.2 .

Si el deudor cambiario atiende el **requerimiento de pago** se procede como dispone el art.583, pero las costas serán de cargo del deudor.

#### Precisiones

Para la iniciación del juicio cambiario es necesario que se presente junto con la demanda el **documento original** de la letra de cambio, cheque o pagaré, con cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque; sin que, en caso contrario, pueda entenderse aportado el título cambiario ( TS 5-3-14, EDJ 25690 ).

#### 5248 Alzamiento del embargo

Si el **deudor se persona** por sí o por representante dentro de los 5 días siguientes a aquel en que se le requirió de pago y **niega** categóricamente la **autenticidad de su firma** o alega falta absoluta de representación, podrá el tribunal, a la vista de las circunstancias del caso y de la documentación aportada, alzar los embargos que se hubieran acordado, exigiendo, sí lo considera conveniente, la **caución** o garantía adecuada. O se levanta el embargo en los casos siguientes:

1. Cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido **intervenidos**, con expresión de la fecha, **por corredor de comercio colegiado** o las respectivas firmas estén legitimadas en la propia letra por notario.
2. Cuando el deudor cambiario en el **protesto** o en el **requerimiento notarial** de pago no hubiera negado categóricamente la autenticidad de su firma en el título o no hubiera alegado falta absoluta de representación.
3. Cuando el obligado cambiario hubiera **reconocido su firma** judicialmente o en documento público.

#### 5249 Oposición cambiaria

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, en los 10 días siguientes al del requerimiento de pago el deudor puede interponer demanda de oposición al juicio cambiario.

La oposición se hace en **forma de demanda**. El deudor cambiario puede oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las **causas o motivos de oposición** previstos en la L 19/1985 art.67 .

#### 5250 Efectos de la falta de oposición

Cuando el deudor no interpusiera demanda de oposición en el plazo establecido, el **órgano judicial despacha ejecución** por las cantidades reclamadas y tras ello el letrado de la Administración de Justicia traba embargo si no se hubiera podido practicar o, conforme a lo previsto en la LEC art.823 , hubiese sido alzado.

La ejecución despachada en este caso se sustancia conforme a lo previsto en esta Ley para la de **sentencias y resoluciones judiciales y arbitrales**.

#### 5251 Sustanciación de la oposición cambiaria

(LEC art.826)

Presentado por el deudor escrito de oposición, el letrado de la Administración de Justicia da traslado de él al acreedor para que proceda a su **impugnación** por escrito en el plazo de 10 días.

Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de esta, pueden **solicitar** la celebración de **vista**, siguiendo los trámites previstos para el juicio verbal:

a) Si **no se solicita** la vista o si el tribunal no considerase procedente su celebración, se resuelve sin más trámites la oposición.

b) Cuando se acuerde la **celebración de vista**:

- si **no comparece** el **deudor**, el tribunal le tiene por desistido de la oposición y despacha ejecución; y

- si **no comparece** el **acreedor**, el tribunal resuelve sin oírle sobre la oposición.

### 5252 Sentencia sobre la oposición

(LEC art.827)

En el plazo de 10 días, el órgano judicial dicta sentencia resolviendo sobre la oposición. Si esta es **desestimada** y la **sentencia es recurrida**, es provisionalmente ejecutable conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Si la **sentencia que estima la oposición es recurrida**, se estará, respecto de los embargos preventivos que se hubiesen trabado, a lo que dispone la LEC art.744 .

La sentencia firme dictada en juicio cambiario produce **efectos de cosa juzgada**, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente.

## III. Jura de cuentas

(LEC art.34 y 35 )

### 5255 Cuenta del procurador

Cuando un procurador tenga que exigir de su **poderdante moroso** las cantidades que este le adeude por los derechos y gastos que hubiera suplido para el asunto, puede presentar ante el **letrado de la Administración de Justicia** del lugar en que este radica **cuenta detallada y justificada**, manifestando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame. Igual derecho que los procuradores tienen sus **herederos** respecto a los créditos de esta naturaleza que aquellos les dejen.

Presentada la cuenta, el letrado de la Administración de Justicia **requiere al poderdante** para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de 10 días, bajo **apercibimiento de apremio** si no paga ni formula impugnación. Si, dentro de dicho plazo, **se opone el poderdante**, el letrado de la Administración de Justicia examina la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada y dicta, en el plazo de 10 días, decreto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al procurador, bajo **apercibimiento de apremio** si el pago no se efectuase dentro de los 5 días siguientes a la notificación. El decreto a que se refiere el párrafo anterior **no** será susceptible de **recurso**, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pueda recaer en juicio ordinario ulterior.

Si el **poderdante no formula oposición** dentro del plazo establecido, se despacha ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta, más las costas.

### 5256 Honorarios de los abogados

Los abogados pueden reclamar frente a la parte a la que defiendan el pago de los honorarios que hayan devengado en el asunto, presentando **minuta detallada** y manifestando formalmente que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos.

Presentada esta reclamación, el letrado de la Administración de Justicia **requiere al deudor** para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de 10 días, bajo **apercibimiento de apremio** si no paga ni formula impugnación. Si, dentro del citado plazo, los honorarios **se impugnan por indebidos**, se estará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del apartado segundo del artículo anterior. Si se impugnan los honorarios por excesivos, se procede previamente a su regulación conforme a lo previsto en los LEC art.241 s. , salvo que el abogado acredite la existencia de **presupuesto previo** en escrito aceptado por el impugnante, y se dicta decreto fijando la cantidad debida, bajo **apercibimiento de apremio** si no se pagase dentro de los 5 días siguientes a la notificación. Dicho decreto no es susceptible de recurso, pero no prejuzga, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pueda recaer en juicio ordinario ulterior.

Si el deudor de los honorarios **no formula oposición** dentro del plazo establecido, se despacha ejecución por la cantidad a que ascienda la minuta, más las costas.

| SECCIÓN 8

## Procesos concursales

### 5258 A. Principios informadores

5260

B. Requisitos	5278
C. Procedimiento concursal común	5292
D. Procedimiento concursal abreviado	5320
E. Incidente concursal	5325
F. Recursos	5330
G. Registro público concursal	5332
H. Acuerdo extrajudicial de pagos	5335

5259 La regulación del **Derecho concursal** español viene dada por las siguientes normas:

- L 22/2003 , Concursal (en adelante, LCon).
- LO 8/2003 , para la reforma concursal.
- Rgto UE/848/2015 , sobre procedimientos de insolvencia.

#### Precisiones

1) Se aborda a continuación un breve y esquemático desarrollo del proceso concursal. Un tratamiento más detallado del **concurso de acreedores** puede encontrarse en el Memento Concursal 2017.

2) La L 22/2003 contiene la mayor parte de la **regulación sustantiva y procesal del concurso de acreedores**, que incluye varias disposiciones adicionales (3), transitorias (2), derogatoria (única) y finales (35), en virtud de las cuales se modifican numerosas leyes con la finalidad de confirmar el **carácter unitario** de la Ley Concursal, a través de una **norma de remisión** en los distintos cuerpos legales especiales afectados.

3) Para un **estudio detallado** del proceso concursal, ver nº 8500 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios Prácticos Proceso Civil** y **Formularios Prácticos Concursales**.

### A. Principios informadores

5260 La Exposición de Motivos de Ley Concursal comienza denunciando la **ausencia de principios generales** de la anterior regulación concursal. En la nueva, hay que reseñar los siguientes:

- unidad (nº 5261 );
- satisfacción de los acreedores (nº 5263 );
- flexibilidad del procedimiento (nº 5265 );
- igualdad en el tratamiento de los acreedores (nº 5267 );
- preferencia de la solución convencional sobre la liquidatoria (nº 5270 ); y
- otros principios (nº 5271 ).

#### 1. Principio de unidad

5261 Este principio tiene las siguientes manifestaciones:

- Unidad **legal**, al regular la materia en un solo texto, sin distinción entre aspectos sustantivos o procesales.
- Unidad **de disciplina**, por cuanto somete a su regulación a todos los deudores, siendo indiferente su condición de comerciantes o no comerciantes.
- Unidad **de sistema**, que se materializa en lo siguiente:
  - un **único procedimiento** para desarrollar la liquidación o la rehabilitación del concursado;
  - un **único presupuesto objetivo** para acceder al proceso de concurso: la insolvencia;
  - la garantía de una **unidad de ejecución**, atribuyendo la totalidad de las facultades de ejecución o realización sobre el patrimonio concursado al juez del concurso, ya en sede de apremio ya en sede cautelar.

Este principio de unidad supone la **universalidad** del concurso de acreedores, esto es, la sujeción de todos los acreedores y de todo el patrimonio del concursado al mismo procedimiento. El principio de universalidad del procedimiento concursal determina la **unidad del órgano judicial competente** y la universalidad de su jurisdicción, evitando, según ha entendido la mejor doctrina, uno de los defectos más graves del Derecho concursal anterior, que repartía entre diversos órganos judiciales las competencias sobre el patrimonio del deudor, y permitía actuaciones

separadas del procedimiento concursal, rompiendo la unidad de este e impidiendo un tratamiento homogéneo, coherente y lógico el estado de insolvencia. Por ello, al juez del concurso se le atribuye el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora ( AP Madrid auto 20-9-07, EDJ 370865 ).

## 2. Satisfacción de los acreedores

---

5263 Se establece este principio como **finalidad esencial** del concurso, frente a otras corrientes doctrinales o de política legislativa. Así, **limita la capacidad de autonomía colectiva** de los afectados por el procedimiento de insolvencia a través de la vía convencional, ya por excluir las cláusulas tradicionales de liquidación global del patrimonio del insolvente, ya por excluir esta vía de convenio para los supuestos de quitas superiores a la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios, o la espera de 5 años ( LCon art.100.1 y 2 ).

Los principios de **conservación de la empresa**, como unidad productiva, o el principio de **conservación de los puestos de trabajo** que la empresa concursada genera, solo son elementos que, cuando aparecen, modulan la finalidad esencial antes citada.

No obstante, dos datos comprometen o relativizan este principio:

En primer lugar, la Ley Concursal no contiene un pronunciamiento rotundo.

Por otra parte, en la tramitación parlamentaria se fueron reforzando los intereses de diversos colectivos concurrentes en el procedimiento concursal. Y, muy especialmente, los derechos de los **trabajadores** y su interés en la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo.

Intereses que, sin haber alterado el principio esencial del concurso, han acentuado su importancia en distintas fases del mismo (por ejemplo LCon art.149.1 , en lo relativo a la **liquidación de las unidades productivas**).

La importancia de estos principios concurrentes es esencial para la recta interpretación de una serie de preceptos que, a lo largo de la Ley Concursal, mencionan la adopción de una serie de decisiones considerando el «**interés del concurso**» ( LCon art.43.1, 53.2, 61.2, 62.3, 148.2, 149.1.1ª, 165.1.2ª, y 215.1 y 2 ). Interés del concurso que puede modularse en atención a la fase del procedimiento de concurso (común, convencional, liquidación), pero que no puede olvidar que la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores es la finalidad última del concurso.

## 3. Flexibilidad del procedimiento

---

5265 Es constante la cita que la exposición de motivos hace a este principio (presupuesto objetivo; opción entre convenio y liquidación; efectos de la declaración; ejecuciones de LCon art.56 ; competencias del juez; contenido de la propuesta de convenio; contenido del plan de liquidación).

La opción legislativa de establecer **un solo procedimiento común** para dar un tratamiento a situaciones tan separadas como la liquidación o la solución convencional obliga, necesariamente, a esta flexibilidad en el procedimiento.

Esta flexibilidad permite, además, una importante **ventaja** en cuanto al proceso. En concreto, el **auto de declaración de concurso** determina la apertura de una fase común y obligatoria del proceso concursal. En esta fase, a través de la intervención de unos órganos independientes y ajenos al deudor-concursado, se trata de obtener una evaluación lo más objetiva posible no solo del estado financiero y patrimonial del deudor (formación del activo y pasivo), sino también de la **viabilidad de las posibles soluciones** que se puedan ir generando en ese período, ya por el deudor ya por los acreedores. Este período se trata de garantizar por una importante **limitación de acciones ejecutivas** (suspensión de acciones de ejecución de garantías reales o de créditos contra la masa) o de mantenimiento o rehabilitación de los créditos necesarios para la continuación del proceso productivo. Concluida la misma, la flexibilidad del procedimiento permite adoptar la solución que cuente con un apoyo suficiente, siendo viable. Dicha solución será la convencional, la de **liquidación**, o incluso la de liquidación ante el incumplimiento de un convenio. Todo ello servirá para asegurar una mayor eficiencia del proceso concursal.

Sin embargo, tal la amplitud de criterio genera el riesgo de la **falta de previsibilidad** -certeza de las concretas consecuencias del inicio de un proceso concursal, ante el alto nivel de discrecionalidad del juez y de los administradores del concurso para tomar directamente medidas que afectan gravemente a los intereses del concursado y de los acreedores.



#### 4. Igualdad en el tratamiento de los acreedores

---

5267 El principio de igualdad de trato entre acreedores es manifestación de la *par conditio creditorum* y gobierna el concurso, pues se trata de salvaguardar el principio de **comunidad de pérdidas** entre los acreedores, sin que unos puedan ver satisfechos sus créditos en perjuicio de otros ( JM Madrid auto 11-1-07, EDJ 2296 ). Es cierto, no obstante, que este principio es **relativo** en la medida en que existen excepciones basadas en el reconocimiento a alguno de los acreedores de la facultad de cobrar con preferencia a los demás -p.e. LCon art.89 -; resulta inexacto pretender que la Ley Concursal haya restaurado la igualdad de trato, pues esta no ha existido nunca ( AP Zaragoza 30-6-10, EDJ 231666 ). La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las **pérdidas** sean **distribuidas entre todos los acreedores por igual** y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a las peculiares características de determinados créditos que los hacían más dignos de tutela.

5268 Este principio tiene notables **manifestaciones** concretas:

a) La **limitación de los privilegios** a lo establecido en la propia LCon, que dispone que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la propia Ley ( AP A Coruña 18-3-09, EDJ 57352 ).

b) La regulación legal sobre la **clasificación de los créditos**, que tiene por objeto reducir al máximo los privilegios en cuanto que excepciones al principio de igualdad de trato de los acreedores; mientras que las excepciones negativas que constituyen los créditos subordinados se justifican, entre otros motivos, por el **carácter accesorio** del crédito (intereses) o por su **naturaleza sancionadora** -multas- ( AP A Coruña 26-4-06, Rec 39/06 ).

c) Uno de los casos más paradigmáticos en relación con este principio es el contemplado expresamente en la Ley en relación con la extinción de **obligaciones de vencimiento posterior a la declaración** de concurso; se trata del concepto amplio de perjuicio rechazado por parte de la doctrina que, sin embargo, es el acogido por nuestros tribunales, de modo que acoge también aquellos casos en los que el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro ( AP Castellón 29-10-10, EDJ 315086 ).

Constatando que se trata más de un principio teórico que real (Rojo), la Ley Concursal destaca más por la determinación de una **ordenada prelación de créditos** que por una significativa o cuantitativa reducción de privilegios. Aunque ello se realice a costa de motivar una ruptura del principio de prelación de los créditos en situaciones concursales y no concursales ( LCon art.84 y 89 ). Esta situación parece consagrarse, si bien respondiendo al **principio de menor divergencia**, en el proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros del 21-6-2006, en desarrollo de la previsión de LCon disp.final 33ª , el cual ha decaído.

#### 5. Preferencia de la solución convencional sobre la liquidatoria

---

5270 Esta preferencia que se funda en una clara apuesta por la **autonomía de la voluntad**. Se manifiesta por la apertura de la fase de convenio, incluso cuando no existe propuesta alguna que debatir al final de la fase común.

#### 6. Otros principios

---

5271 Hay que citar los siguientes principios adicionales a los ya expresados (que se citan expresamente en la exposición de motivos o surgen del articulado de la Ley):

5272 **Principio de conservación de la unidad productiva**

Tanto en fase de **convenio**, procurando que se alcance un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que permita la subsistencia de la empresa ( AP Las Palmas 11-3-09, EDJ 87775 ), como en especial en fase de **liquidación**, procurando la enajenación como un todo. La Ley contempla dos soluciones distintas del concurso, esto es, el convenio y la liquidación, y, aunque trata de fomentar la primera, como instrumento al servicio de la **conservación de la actividad profesional o empresarial del deudor**, no quiso que la regulación de la segunda fuera ajena a tal propósito, que persigue mediante la posibilidad de la enajenación, como un todo, de la empresa o de unidades productivas de bienes o de servicios en ella integrados ( TS 29-9-10, EDJ 206090 ). Este es un principio que se ha ido imponiendo en la práctica, en la medida que asegura las soluciones de reestructuración de la empresa y, en su caso, de los puestos de trabajo.

### 5273 Principio de rapidez y simplicidad

Los procedimientos concursales se caracterizaban por su lentitud -cuando no parálisis- en su tramitación. No obstante, las **limitaciones de los órganos judiciales**, algunos desajustes de la ley (notablemente en las publicaciones oficiales) y las **dilaciones** que la práctica forense lleva, hace que todavía estemos muy lejos de los plazos medios de duración (de 71 a 206 días de tramitación) previstos por la Comisión General de Codificación y que fueron entregados a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados.

### 5274 Principio de limitación de las consecuencias o efectos de la situación concursal en el deudor

Así aparece en la regulación de los **efectos personales y patrimoniales** del concurso durante su tramitación ( LO 8/2003 art.1 ). Pero, especialmente, en cuanto se recoge un cambio radical de las consecuencias de la **inhabilitación** o consecuencias del proceso concursal tras su conclusión ( LCon art.178 y disp.adic.1ª ). Este cambio se potencia por la **eficacia retroactiva** de grado medio que se atribuye a los anteriores procedimientos concursales en tramitación ( LCon disp.trans.1ª.1 ).

### 5275 Principio de eficacia preventiva o de anticipación del proceso concursal

La aplicación de este principio tiene como finalidad reducir la merma del valor de los bienes de la empresa, y, por ello, garantizar más posibilidades de éxito de la **reestructuración** que se pretende. Y ello por la aplicación de los excepcionales efectos del concurso, lo que permite **minimizar la dispersión de los bienes** y demás elementos que conforman el patrimonio productivo de la empresa. Por ello, la anticipación de su presentación o presentación temporánea constituye un elemento nuclear de la eficacia del proceso concursal.

Este principio se traduce en el establecimiento de una serie de **estímulos al deudor y a los acreedores** para el acceso temprano al proceso concursal; así como en una flexibilidad en su tramitación que permita un fácil acceso a la solución de reestructuración o liquidación que mejor corresponda a la situación del deudor. Una de las manifestaciones más significativas de este principio es la regulación de lo que se denomina comúnmente como **preconcurso** ( LCon art.5 bis ), que establece lo que sigue:

El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un **acuerdo de refinanciación** o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

Esta comunicación **puede formularse en cualquier momento** antes del vencimiento del plazo establecido en la LCon art.5 para la solicitud de declaración de concurso de acreedores por parte del deudor (2 meses desde que se conoció o se debió conocer el estado de insolvencia).

Formulada la comunicación antes de ese momento, **no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario**.

El letrado de la Administración de Justicia, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.

Transcurridos 3 meses de la **comunicación al juzgado**, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, debe solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia.

## B. Requisitos

5276	1. Competencia	5278
	2. Partes	5285
	3. Intervención del Ministerio Fiscal	5290

### 1. Competencia

(LOPJ art.86 bis y 86 ter ; LCon art.8 y 9 )

5278 La **competencia objetiva** en materia concursal corresponde a los juzgados de lo mercantil, debiendo entenderse como juzgados de lo mercantil a los de primera instancia a los que se encomienden funciones mercantiles.

En relación con la **competencia objetiva** del juzgado de lo mercantil para conocer de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, se excluyen, además de las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción, las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros durante un **procedimiento arbitral** ( LOPJ art.86 ter.1.4º ).

### 5279 Jurisdicción exclusiva del juez del concurso

Se establece la jurisdicción del juez del concurso, de manera exclusiva y excluyente, en las siguientes materias:

1. Las **acciones civiles con trascendencia patrimonial** que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la LEC. También conocerá de la acción a que se refiere el art.17.1 de esta Ley.

2. Las **acciones sociales** que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

Por **suspensión colectiva** se entienden las previstas en el ET art.47 , incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

3. Toda **ejecución** frente a los bienes y derechos de **contenido patrimonial** del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

4. Toda **medida cautelar** que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan **excluidos** de su jurisdicción en el párrafo 1 de este precepto y, en su caso, de acuerdo con la LCon art.52 , las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la **asistencia jurídica gratuita** y, en concreto, las que le atribuye la L 1/1996 , de Asistencia Jurídica Gratuita.

6. Las **acciones de reclamación de deudas sociales** interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

7. Las acciones de **responsabilidad contra los administradores o liquidadores**, de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

La jurisdicción del juez se extiende a todas las **cuestiones prejudiciales civiles**, con excepción de las excluidas en la LCon art.8 , las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Tales decisiones no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca.

## 5280 Competencia territorial

(LCon art.10)

El criterio que preside la atribución de competencia territorial es el del lugar en que el deudor tiene el centro de sus intereses principales, lo que constituye un **fuero imperativo especial** ( TS auto 20-2-09, EDJ 20533 ).

Si el **concurso afecta a varios deudores**, o en caso de acumulación de concursos, la competencia territorial corresponde al juez de lo mercantil del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo. Esta regla se aplica, igualmente, a los casos en los que la solicitud de concurso se efectúa por parte de dos personas físicas ligadas por medio de vínculo conyugal ( JM Madrid auto 14-11-06, EDJ 386384 ).

Si se trata de un **grupo de sociedades** la competencia corresponde al juez de lo mercantil del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad dominante.

## 5281 Efectos del concurso

(LEC art.10)

Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará **concurso principal**, tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el caso de que sobre los **bienes situados en un Estado extranjero** se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo III del Título IX de esta Ley.

Si se hubieran presentado **solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados** competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud.

Si el **centro de los intereses principales no se halla en territorio español**, pero el deudor tiene en este un establecimiento, es competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante.

Por **establecimiento** se entiende todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.

Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará **concurso territorial**, se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España. En el caso de que en el Estado donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales se abra un **procedimiento de insolvencia**, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el cap.IV del Tít. IX de esta Ley.

## 5282 Examen de oficio de la competencia (LCon art.10.4)

El juez examina de oficio su competencia.

El juez viene obligado a apreciar de oficio su competencia territorial específica. No obstante, cualquiera de las partes en el concurso puede plantearla ante el juez del concurso, a través de la promoción de una **cuestión de competencia territorial** por **declinatoria** sometida a reglas especiales.

En el **concurso voluntario**, cualquiera de los legitimados para instar la declaración de concurso puede plantear declinatoria, en el plazo de los 10 días siguientes a la publicación del auto de declaración del concurso ( LCon art.12 ).

En el **concurso necesario**, el deudor puede plantear declinatoria en el plazo de los 5 días siguientes a su emplazamiento. Los demás legitimados para instar el concurso deben plantearla dentro del plazo de 10 días antes reseñado.

En cualquiera de los casos anteriores, solo puede denunciarse por medio de declinatoria la falta de competencia territorial. A este respecto, el promotor de la declinatoria debe indicar cuál es el órgano competente para conocer del concurso. La interposición de la declinatoria **no** supone la **suspensión** del curso del procedimiento.

## 2. Partes

(LCon art.1 y 3)

### 5285 La declaración de concurso procede respecto de **cualquier deudor**, sea persona natural o jurídica.

El **concurso de la herencia** puede declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.

**No** pueden ser **declaradas en concurso** las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

La declaración de concurso procede en caso de insolvencia del deudor común. Se encuentra en **estado de insolvencia** el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Si la **solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor**, debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Si la **solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor**, debe fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes **hechos**:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los 3 meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las 3 últimas mensualidades.

Para solicitar la declaración de concurso están **legitimados**: el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate un acuerdo extrajudicial de pagos (nº 5335 ).

### 5286 Condición de persona jurídica del deudor

Si el deudor es persona jurídica, es competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación. Ahora bien, **no** está legitimado el **acreedor** que, dentro de los 6 meses anteriores a la presentación de la solicitud, haya adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento.

Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los **socios, miembros o integrantes** que sean **personalmente responsables**, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella.

### 5287 Solicitud de declaración de concurso de la herencia

Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia pueden solicitar la declaración de concurso de la herencia **no aceptada pura y simplemente**.

La solicitud formulada por un **heredero** produce los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

### 5288 Declaración conjunta de concurso de varios deudores

(LCon art.25)

Pueden solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean **cónyuges** o que sean **administradores, socios, miembros** o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades.

El acreedor puede solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos **confusión de patrimonios** o formen parte del **mismo grupo de sociedades**.

La Ley establece las reglas para la **acumulación de concursos ya iniciados** ( LCon art.25 bis ).

## 3. Intervención del Ministerio Fiscal

(LCon art.4)

5290 Cuando en actuaciones por **delitos contra el patrimonio** y contra el **orden socioeconómico** se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una **pluralidad de acreedores**, el Ministerio Fiscal insta del juez que esté conociendo de la causa la **comunicación de los hechos** al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de este se encontrase en tramitación un procedimiento concursal.

Asimismo, insta el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las **actuaciones penales en curso**, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

## C. Procedimiento concursal común

5292 En términos generales el proceso concursal consta de dos grandes **fases**:

- la primera fase del proceso es común para cualquier supuesto; y
- la segunda se bifurca según la situación del deudor.

La **fase común** del concurso se abre con la admisión a trámite de la solicitud y concluye cuando la administración concursal presenta un informe sobre el estado patrimonial del deudor al que se adjunta el inventario y la lista de acreedores.

Esa fase común desemboca:

- o bien en el **convenio**;
- o bien en la **liquidación**.

Declarado el concurso, el procedimiento se divide en seis **secciones**, que abren cuantas **piezas separadas** sea necesarias o convenientes ( LCon art.183 ). Por ello puede decirse que el concurso es un procedimiento con características especiales, ya que no estamos ante un procedimiento de desenvolvimiento único sino de desenvolvimiento simultánea, en «hilos» distintos de tramitación que incluso se **documentan por separado**, por lo que la división en piezas se extiende a todo el desarrollo del procedimiento.

De estas seis secciones, las cinco primeras se establecen como **necesarias**, mientras que la sexta tiene **carácter contingente**.

Por su parte, las secciones y las piezas en las que se tramita el concurso **no** constituyen **fases sucesivas**, sino **actuaciones separadas**, alguna de las cuales pueden abarcar casi todo el procedimiento (como, p.e. la sección

2ª). Ello no obstante, el procedimiento presenta, lógicamente, una **sucesión temporal** (aunque con varias líneas de avance) y también una cierta **relación de subordinación** entre el contenido de las actuaciones desarrolladas en cada una de las secciones.

## 1. Fases en la tramitación del proceso concursal

---

5294 La propia Ley distingue las siguientes fases o etapas en la tramitación del proceso concursal:

1. Una primera **fase común** que se abre con la declaración de concurso y que concluye tras la presentación del informe de la administración concursal, una vez transcurrido el plazo de impugnaciones o, en su caso, una vez resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores.

Esta fase puede ser también la **única** en los casos siguientes:

- a) Si se hubiera presentado y se aprobara una propuesta anticipada de convenio ( LCon art.109 ).
- b) Cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa ( LCon art.176.3º ).
- c) Si se produce o se comprueba en dicha fase el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio ( LCon art.176.4º ).

2. La anterior fase común puede desembocar en una segunda **fase alternativa**, bien de **convenio**, bien de **liquidación**; aunque también cabe la posibilidad de que tras la fase de convenio se abra la de liquidación en determinados supuestos. Para poder llegar a esta segunda fase tendente a la conclusión del concurso resulta necesario que la actividad y las funciones desarrolladas por la administración concursal se concreten en la elaboración de un **informe** con el contenido que se fija en la LCon art.75 , al que se deben acompañar:

- el inventario de la masa activa;
- la lista de acreedores;
- en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio; y
- el plan de liquidación.

### 5295 Declaración del concurso

(LCon art.16 a 25 ter )

Comprende lo relativo a:

- La declaración de concurso ( LCon art.21 s. ).
- Las medidas cautelares ( LCon art.17 , 21.1.4º, 87.4º y 129.4º ).
- La resolución final de la fase común ( LCon art.21.1 en relación con el 109).
- La reapertura del concurso ( LCon art.176 a 180 ).

En esta sección, podrían abrirse **piezas separadas** a fin de tramitar, entre otros:

- la oposición al auto de declaración de concurso ( LCon art.17 y 18 );
- los incidentes de acumulación de pleitos pendientes ( LCon art.25 , 51.1, 55 a 57 y 192.1 );
- para ocupar bienes, libros, papeles y correspondencia ( LO 8/2003 art.1 );
- la oposición de acreedores a la declaración de concurso;
- las enajenaciones o arrendamientos de fincas, antes o después de la administración concursal.

### 5296 Administración concursal

(LCon art.26 a 34 , 34 bis , 34 ter y quater y 35 a 39 )

Comprende todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al **nombramiento** y al **estatuto** de la misma, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a su **responsabilidad**.

Se podrían abrir **piezas separadas** si se produce, entre otras:

- examen e impugnación de cuentas del depositario;
- impugnación del nombramiento de administradores concursales;
- reclamaciones de los acreedores contra los administradores;

- repetición de los acreedores o del concursado contra los administradores por los daños y perjuicios que hubieran causado a la masa, por fraude, malversación, etc..;

- rendición de cuentas periódicas y definitivas.

#### 5297 Determinación de la masa activa

(LCon art.76 a 83 )

Comprende lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las **acciones de reintegración** y de **reducción**, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al **pago** de los acreedores y a las **deudas** de la masa.

Se abren **piezas separadas** para tramitar, entre otras:

- las demandas de rescisión y demás impugnaciones de actos perjudiciales para la masa activa;
- la petición del cónyuge del concursado de disolver la sociedad o comunidad conyugal;
- la oposición a la decisión denegatoria de la administración concursal de entregar a sus legítimos titulares los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención.

#### 5298 Determinación de la masa pasiva

(LCon art.84 a 94 )

Comprende lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, **graduación y clasificación de créditos**.

En esta sección se incluyen, en **pieza separada**, los juicios declarativos contra el deudor que se hayan acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

Cabe también plantearse como piezas separadas, entre otras:

- la formada para completar la justificación de los créditos que la junta haya dejado pendientes de reconocimiento hasta junta de graduación;
- el reconocimiento de créditos de acreedores morosos;
- la transacción de los pleitos pendientes que interese al concurso.

#### 5300 Convenio y liquidación

(LCon art.111 a 162 )

Comprende lo relativo al convenio o, en su caso, a la liquidación.

Cabe plantearse como **pieza separada**, por ejemplo, la necesaria para sustanciar la impugnación que se haga al acuerdo de la junta o del juez sobre reconocimiento. Se abrirá una pieza para cada impugnación.

#### 5301 Calificación del concurso y sus efectos

(LCon art.163 a 174 )

Comprende lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

Directamente no se prevé **ninguna pieza**, pero ciertos casos concretos aconsejarían su formación, por ejemplo, aparecen especialidades procesales si existe **intervención administrativa** ( LCon art.175.1 ), donde abierta la etapa de calificación, la LCon determina una «sección autónoma» ( LCon art.174.2 ), formada sin previa declaración de concurso.

Por otra parte, la Ley prevé **pieza separada y tramitación autónoma** ( LCon art.167.2.2º ).

## 2. Aspectos generales del procedimiento

---

5305 Tras establecer las secciones en que se divide el procedimiento concursal (nº 5294 s. ), la Ley regula diversos aspectos generales del procedimiento en los siguientes términos:

#### 5306 Reconocimiento del deudor y de la administración concursal

En todas las secciones se reconocen como parte, **sin necesidad de comparecencia** en forma, el deudor y la administración concursal.

El **Fondo de Garantía Salarial** debe ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el **Ministerio Fiscal**.

El **deudor** actuará siempre representado por **procurador** y asistido de **letrado** sin perjuicio de lo establecido en para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica ( LCon art.184.6 ).

Para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado. Sin necesidad de **comparecer en forma**, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en la junta.

Cualesquiera otros que tengan **interés legítimo** en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos de letrado.

La **administración concursal** será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en **incidentes o recursos** deberán hacerlo asistidos de letrado. La **dirección técnica** de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal.

Ello se entiende sin perjuicio de lo establecido para la **representación y defensa de los trabajadores** en la Ley de la Jurisdicción Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica.

#### Precisiones

La representación por procurador no es preceptiva para el deudor persona natural en el **concurso consecutivo** ( RDL 1/2015 disp.adic.3º ).

#### 5307 Desconocimiento del domicilio del deudor

Si no se conoce el domicilio del deudor o el resultado del **emplazamiento** es **negativo**, el letrado de la Administración de Justicia, de oficio o a instancia de parte, puede realizar las **averiguaciones** de domicilio previstas en el LEC art.156 .

Si el deudor es **persona física** y **ha fallecido** se aplicarán las normas sobre sucesión previstas en la LEC.

Cuando se trate de **persona jurídica** que se encontrara en **paradero desconocido**, el letrado de la Administración de Justicia podrá dirigirse a los registros públicos para determinar quiénes eran los administradores o apoderados de la entidad al objeto de emplazarla a través de dichas personas. Cuando el letrado de la Administración de Justicia agote todas las vías para emplazar al deudor, el juez podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión.

#### 5308 Examen de documentos o informes

Los **acreedores no comparecidos en forma** pueden solicitar del juzgado el examen de aquellos documentos o informes que consten en autos sobre sus respectivos **créditos**, acudiendo para ello a la oficina judicial personalmente o por medio de letrado o procurador que los represente, quienes para dicho trámite no estarán obligados a personarse.

#### 5309 Impulso del proceso de oficio

Declarado el concurso, el letrado de la Administración de Justicia impulsa de oficio el proceso. El juez resolverá sobre el **desistimiento** o la **renuncia** del solicitante del concurso, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva. Durante la tramitación del procedimiento, los **incidentes** no tienen carácter suspensivo, salvo que el juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente.

Cuando la Ley **no fije plazo para dictar una resolución**, debe dictarse sin dilación.

#### 5310 Práctica de diligencias y autorizaciones

El juez puede habilitar los **días** y **horas** necesarios para la práctica de las diligencias que considere urgentes en beneficio del concurso.

La **habilitación** también puede realizarse por el letrado de la Administración de Justicia cuando tuviera por objeto la realización de actuaciones procesales por él ordenadas o cuando fueran tendentes a dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por el juez.



El juez puede realizar **actuaciones de prueba** fuera del ámbito de su competencia territorial, poniéndolo previamente en conocimiento del juez competente, cuando no se perjudique la competencia del juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal.

En los casos en que la ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o la administración concursal la considere conveniente, la solicitud se formula **por escrito**.

#### 5311 Resolución de la solicitud

De la solicitud presentada se da traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para **alegaciones** plazo de igual duración no inferior a 3 días ni superior a 10, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. El juez resuelve sobre la solicitud mediante **auto** dentro de los 5 días siguientes al último vencimiento.

Contra el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada no cabe más **recurso** que el de **reposición**.

#### 5312 Prejudicialidad penal

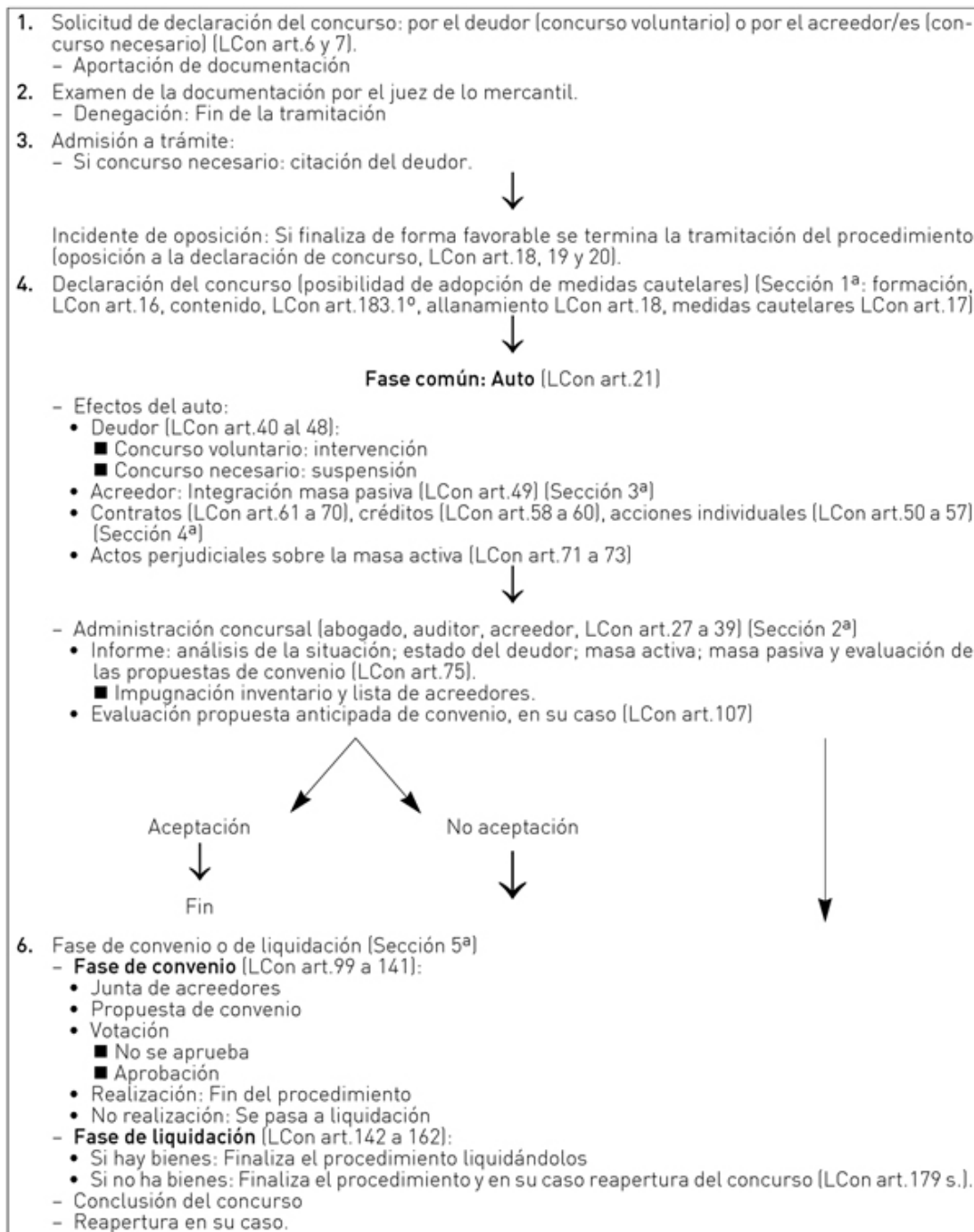
La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso **no** provoca la **suspensión** de la tramitación de este.

Admitida a trámite **querrela** o **denuncia criminal** sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, es de competencia del juez de este adoptar las medidas de **retención de pagos a los acreedores inculcados** u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal.

### 3. Esquema procedimiento concursal

---

5315 El procedimiento se lleva a cabo conforme los siguientes trámites:



## D. Procedimiento concursal abreviado

(LCon art.190 a 191 quáter)

5320 El juez puede aplicar un **procedimiento especialmente simplificado**, recogido en la LCon art.191 (nº 5322 s. ).

### 1. Consideraciones generales

5321 El juez puede aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes **circunstancias**:

1. Que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores.
2. Que la estimación inicial del pasivo no supere los 5 millones de euros.
3. Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

Cuando el **deudor** sea una **persona natural**, el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica.

El juez puede también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente **propuesta anticipada de convenio** o una propuesta de convenio que incluya una **modificación estructural** por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo.

El juez aplica necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un **plan de liquidación** que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

El juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, puede en cualquier momento, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas en los apartados anteriores y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, **transformar un procedimiento abreviado en ordinario** o un **procedimiento ordinario en abreviado**.

## 2. Procedimiento

(LCon art.191)

---

**5322** La administración concursal debe presentar el **inventario de bienes y derechos de la masa activa** dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo así como el **informe** previsto en la LCon art.75 en el plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo. Razonadamente, puede solicitar al juez una **prórroga**, que en ningún caso excederá de 15 días.

La administración concursal practica la **comunicación** prevista en la LCon art.95.1 al menos 5 días antes de la presentación de la lista de acreedores.

El letrado de la Administración de Justicia forma **pieza separada** en la que se tramita lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, da traslado de las mismas al administrador concursal.

En el plazo de 10 días, la administración concursal comunica al juzgado si **acepta la pretensión**, incorporándola a los textos definitivos, o si **se opone** formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente.

Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del **juicio verbal** de la LEC y será de aplicación la LCon art.194.4 en todo aquello que no se oponga a lo previsto en este precepto.

Si hay **más de una impugnación**, se acumulan de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista.

La administración concursal debe informar de inmediato al juez de la **incidencia de las impugnaciones** sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio.

Si las impugnaciones **afectan a menos del 20% del activo o del pasivo** del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.

Se impondrán las **costas** conforme al criterio del vencimiento objetivo, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, la existencia de serias dudas de hecho o de derecho.

El **plazo** para la presentación de propuestas ordinarias de convenio finalizará en todo caso 5 días después de la notificación del informe de la administración concursal.

Admitida a trámite la propuesta de convenio, el letrado de la Administración de Justicia señala **fecha para la celebración de la junta** de acreedores dentro de los 30 días hábiles siguientes.

Si en el plazo previsto en el apartado anterior no se hubiera presentado propuesta de convenio, el letrado de la Administración de Justicia abrirá de inmediato la **fase de liquidación** requiriendo a la administración concursal para que presente el plan de liquidación en el plazo improrrogable de 10 días.

Una vez aprobado el plan, las **operaciones de liquidación** no podrán durar más de 3 meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más.

En caso de **transmisión de unidades productivas** se tendrán en cuenta las siguientes **especialidades** ( LCon art.146 bis y 149 ):

- a) Se cederán al adquirente los **derechos y obligaciones** derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte.
- b) Se cederán aquellas **licencias o autorizaciones administrativas** afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones.
- c) La transmisión no lleva aparejada obligación de pago de los **créditos no satisfechos** por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en LCon art.149.4 .
- d) Se toman en consideración las **reglas legales de liquidación** ( LCon art.149 ).

#### Precisiones

La cesión de **licencias o autorizaciones administrativas** no es aplicable a aquellas en las que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse.

#### 5323 Especialidades en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio

(LCon art.191 bis)

1. En el auto de declaración de concurso el juez se pronunciará sobre la **admisión a trámite** de la propuesta de convenio presentada por el deudor con su solicitud.

La administración concursal debe **evaluar** la propuesta de convenio presentada por el deudor, dentro del **plazo** de 10 días a contar desde la publicación de la declaración de concurso.

2. La **aceptación** de la propuesta de convenio se realizará por escrito. Los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta de convenio presentada por el deudor podrán hacerlo hasta 5 días después de la fecha de presentación del informe de la administración concursal.

3. Dentro de los 3 días siguientes a aquel en el que hubiera finalizado el plazo para formular adhesiones, el letrado de la Administración de Justicia verificará si la **propuesta** de convenio **alcanza la mayoría legalmente exigida** y proclamará el resultado mediante decreto.

Si la **mayoría resulta obtenida**, el juez, inmediatamente después de la expiración del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio, dicta sentencia aprobatoria, salvo que se hubiera formulado oposición a dicha aprobación o proceda su rechazo de oficio.

Si **hay oposición**, el letrado de la Administración de Justicia, admitirá la demanda y el juez podrá requerir al impugnante que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del convenio.

#### 5324 Solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación

(LCon art.191 ter)

1. Si el deudor ha solicitado la liquidación de acuerdo con lo previsto en la LCon art.190.2 , el juez acordará de inmediato la **apertura de la fase de liquidación**.

2. Abierta la fase de liquidación el letrado de la Administración de Justicia dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea **informado** en plazo de 10 días por la administración concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

El **informe** del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso.

En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la **resolución de los contratos pendientes** de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella.

3. En caso de **suspenderse las operaciones de liquidación** con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora.

### E. Incidente concursal

**5325** A través del mismo se ventilan todas las **cuestiones que se susciten durante el concurso** y no tengan señalada otra tramitación. También se tramitan por este cauce las **acciones** que deban ejercitarse ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en la LCon art.50.1 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en LCon art.51.1 . Destaca que la LCon expresamente establezca que no se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar **actos de administración** o impugnarlos por **razones de oportunidad**, disposición esta que refuerza la posición de la administración concursal frente al concursado.

Los incidentes concursales **no suspenden el procedimiento de concurso**, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte, de este modo se intenta evitar entorpecer el desarrollo normal de cada una de las seis piezas concursales, y aunque cabe interponer **recurso de apelación** contra la inadmisión ( LCon art.194.1 ).

### **5236** Legitimación

En cuanto a los legitimados, en el incidente concursal se consideran **partes demandadas** aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora (deudor, administradores concursales, Fondo de Garantía Salarial cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad parta el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores, Ministerio Fiscal en la sección de calificación, acreedores y cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso -por ejemplo, el cónyuge o los hijos del concursado o los trabajadores de la empresa).

Cualquier **persona comparecida en forma** en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria. Cuando en un incidente se **acumulen demandas** cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.

### **5327** Tipos de incidentes

(LCon art.194 y 195 )

La Ley regula dos incidentes concursales. Por un lado, el que se podría llamar incidente concursal **común**; y, por otro lado, el denominado incidente concursal **laboral**, ceñido a las acciones de los trabajadores vinculadas a la relación jurídica individual, en materia de modificación de condiciones sustanciales de trabajo y suspensión o extinción colectiva de la relación laboral y que responde a la necesidad de dar entrada en el procedimiento concursal a las especialidades y principios propios del proceso laboral (inmediación, oralidad, concentración y celeridad, recogidos en el LRJS art.74 , y los de tutela y no imposición de costas al trabajador.

### **5328** Incidente concursal común

Comienza por **demanda** que debe revestir la estructura, requisitos y contenido que marca la LEC para las demandas, en general ( LEC art.399 ). Si el juez estima que la **cuestión** planteada es **impertinente** o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Contra este auto cabrá **recurso de apelación** en los términos establecidos en el apartado 1 del art.197.

En otro caso, dictará **providencia admitiendo a trámite el incidente** y acordando se **emplace** a las demás partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de 10 días contesten en la forma prevenida en la LEC art.405 .

Solo se citará a las partes para la **vista** cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y estos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en la LEC art.443 para los **juicios verbales**.

En otro caso, el juez dictará **sentencia** sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única **prueba** que resulte admitida sea la de **documentos**, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando solo se hayan aportado **informes periciales**, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.

En cualquiera de los supuestos previstos en el párrafo anterior, si en el escrito de contestación se plantearan **cuestiones procesales** o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de 5 días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en

la LEC para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de **continuar el proceso**, dictará sentencia en el plazo de 10 días.

La sentencia que recaiga en el incidente común se registrará en materia de **costas** por lo dispuesto en la LEC, tanto en cuanto a su imposición como en lo relativo a su exacción, y serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia, con independencia del estado en que se encuentre el concurso.

Una vez firme, la sentencia que ponga fin al incidente concursal produce **efectos de cosa juzgada**.

### 5329 Incidente concursal laboral

Si se plantea el incidente concursal laboral, la **demanda** se formulará de acuerdo a lo establecido en LEC art.437 ; el letrado de la administración de justicia advertirá, en su caso, a la parte de los **defectos, omisiones o imprecisiones** en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de 4 días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo.

Si la **demanda** es **admitida por el juez**, el letrado de la Administración de Justicia señala dentro de los 10 días siguientes el día y hora en que habrá de tener lugar el **acto del juicio**, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de 4 días entre la citación y la efectiva celebración del juicio, que comenzará con el **intento de conciliación** o avenencia sobre el objeto del incidente. De no lograrse esta se ratificará el actor en su demanda o la ampliará sin alterar sustancialmente sus pretensiones, contestando oralmente el demandado, y proponiendo las partes a continuación las **pruebas** sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones.

Terminado el juicio, el juez dicta **sentencia** en el plazo de 10 días resolviendo el incidente.

La sentencia que recaiga en el incidente laboral se registrará en materia de **costas** por lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Laboral.

Una vez firme, la sentencia que ponga fin al incidente concursal produce **efectos de cosa juzgada**.

## F. Recursos

(LCon art.197)

5330 Los recursos contra las **resoluciones dictadas por el letrado de la Administración de Justicia** en el concurso son los mismos que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil y se sustancian en la forma que en ella se determina.

Los recursos contra las **resoluciones dictadas por el juez** en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la LEC, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el LCon art.64 .

Contra las **providencias** y **autos** que dicte el juez del concurso solo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.

Contra los **autos resolutorios de recursos de reposición** y contra las sentencias dictadas en **incidentes concursales** promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieran formulado protesta en el plazo de 5 días. A estos efectos, se considerará **apelación** más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio. Se **exceptúan** las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere la LCon art.72.4 y el art.80.2 , que serán apelables directamente. Este recurso de apelación tendrá **carácter preferente**.

Contra las sentencias que **aprueben el convenio**, o las que **resuelvan incidentes concursales** planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente.

El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la **suspensión** de aquellas **actuaciones** que puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión podrá ser **revisada por la audiencia provincial** a solicitud de parte formulada mediante escrito presentado ante aquella en los 5 días siguientes a la notificación de la decisión del juez del concurso, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los 10 días siguientes a la recepción de los autos por el tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno.

Si se hubiera solicitado la **suspensión del convenio** al recurrir, el juez podrá acordarla con carácter parcial.

Cabrá **recurso de casación** y **extraordinario por infracción procesal**, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la LEC, contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta.

Contra la sentencia que resuelva **incidentes concursales relativos a acciones sociales** cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de la jurisdicción laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso.

## G. Registro público concursal

(LCon art.198; RD 892/2013)

**5332** El Registro Público Concursal se configura como una herramienta a disposición de los diversos acreedores del concursado y también de la Administración de Justicia, que **facilita** la comunicación de las resoluciones que adopten los juzgados de lo mercantil a los distintos registros públicos, el conocimiento de otras situaciones concursales con las que pueda guardar conexión y de los expedientes de negociación de los acuerdos extrajudiciales de pago. Todo ello contribuye a la mejora de la seguridad jurídica en lo que concierne a los concursos de acreedores o sus procedimientos preventivos y a una mayor agilidad procesal.

**Depende** del Ministerio de Justicia, que encomienda su gestión al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España y **se estructura** en tres secciones:

a) **Sección primera** da la publicidad correspondiente a:

- las resoluciones procesales dictadas durante el proceso concursal y a las que deba darse publicidad de acuerdo con la ley; y

- aquellas resoluciones en las que el juez ordene cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso ( LCon art.23.2 ).

En el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, el juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar

b) **Sección segunda** contiene las resoluciones registrales anotadas en los distintos registros públicos, incluyendo las que declaren la culpabilidad del concursado y las que designen o inhabiliten a los administradores concursales.

c) **Sección tercera**, relativa a los acuerdos extrajudiciales, contiene la información precisa sobre la iniciación y finalización de los procedimientos para alcanzar los acuerdos extrajudiciales de pagos regulados en el título X de la Ley Concursal, así como las previsiones de publicidad edictal del proceso de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

En lo que se refiere al **funcionamiento** del Registro Público Concursal, son los juzgados, procuradores, registradores mercantiles, notarios y otros registros públicos los que proporcionan la información de los distintos concursos y expedientes de acuerdo extrajudicial que se ha de incorporar al Registro Público Concursal.

A través de su **Portal**, agrupado bajo el deudor concursado, se pone a disposición de los acreedores las diferentes resoluciones procesales, concursales y/o acuerdos extrajudiciales ordenados por fecha de publicación.

## H. Acuerdo extrajudicial de pagos

(LCon art.231 a 242 )

**5335** La L 14/2013 , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo la figura del «acuerdo extrajudicial de pagos» como **alternativa** al concurso de acreedores, de aplicación muy restringida, expediente que ha sido profundamente modificado por el RDL 1/2015 y posteriormente por la L 25/2015 .

El **inicio del procedimiento** para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores puede realizarse por los siguientes **sujetos**:

a) El deudor **persona natural** que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los 5 millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, debe aportarse el correspondiente balance.

b) Cualesquiera **personas jurídicas**, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes **condiciones**:

- encontrarse en estado de insolvencia.

- en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no ha de revestir especial complejidad;

- disponer de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

**No pueden acudir** a este procedimiento:

- a) Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por **delito** contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.
- b) Las personas que hayan alcanzado un **acuerdo extrajudicial de pagos** con los acreedores, hayan obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hayan sido declaradas en concurso de acreedores, dentro de los 5 últimos años. El cómputo de dicho plazo comienza a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso.
- c) Quienes se encuentren negociando con sus acreedores un **acuerdo de refinanciación** o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.
- d) Las entidades **aseguradoras** y reaseguradoras.

Los **créditos** con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial ( LCon art.238 y 238 bis ). Los créditos de derecho público no pueden en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real.

#### Precisiones

Se consideran **empresarios personas naturales** no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

#### 5336 Procedimiento

Los **principales trámites** del procedimiento son:

1. El **inicio** del procedimiento corresponde al deudor que debe suscribir y presentar una instancia ante un registrador mercantil o un notario. No es necesario el **consentimiento** previo de los acreedores ni que los contratos o negocios de los que traen causa los créditos previeran ese medio de solución de conflictos. La decisión compete exclusivamente al deudor.

En caso de que sea una **persona jurídica** se atribuye la legitimación al órgano de administración o de liquidación.

La LCon art.231 y 232 establece determinados **requisitos, límites y prohibiciones** para solicitar la apertura de negociaciones de acuerdo extrajudicial de pagos.

2. La **negociación y conclusión** del acuerdo corresponde al denominado «**mediador concursal**», que debe reunir la condición de mediador de acuerdo con la L 5/2012 , de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en LCon art.27 ( LCon art.233 ).

El **nombramiento** del mediador se realiza de entre la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se suministra por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y se publica en el portal correspondiente del BOE.

En los 10 días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal **debe comprobar**:

- los datos y la documentación aportados por el deudor, pudiendo requerirle su complemento o subsanación o instarle a corregir los errores que pueda haber; y
- la existencia y la cuantía de los créditos.

**Debe convocar** al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio a una reunión que se celebrará dentro de los 2 meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. **Se excluye**, en todo caso, de la convocatoria a los acreedores de derecho público.

3. El **deudor**, desde la presentación de la solicitud, **debe abstenerse** de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.

4. Desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, los **acreedores** que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos **deben abstenerse** de realizar los actos recogidos en LCon art.235.2 .

5. Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal debe remitir a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una **propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos** sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. Dentro de los 10 días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal



a los acreedores, estos pueden presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de **pagos y viabilidad final** aceptado por el deudor.

5337 **6.** Para la **aceptación** del acuerdo extrajudicial de pagos son necesarias las siguientes **mayorías**, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo:

a) Si ha votado a favor el **60% del pasivo** que pueda verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedan sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a 5 años, a quitas no superiores al 25% del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si ha votado a favor el **75% del pasivo** que pueda verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedan sometidos a las esperas con un plazo de 5 años o más, pero en ningún caso superior a 10, a quitas superiores al 25% del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en LCon art.236 .

Si la **propuesta** es **aceptada** por los acreedores, el acuerdo se eleva inmediatamente a escritura pública, que cierra el expediente que el notario ha abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario, el registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas.

Se procede a la **publicación** de la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal por medio de un **anuncio** que debe contener los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su NIF, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido.

Si la **propuesta no es aceptada**, y el deudor continua incurso en insolvencia, el mediador concursal debe solicitar inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez debe acordar también de forma inmediata. En su caso, puede instar también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en LCon art.176 bis .

**7.** Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no pueden ser objeto de **rescisión concursal** en un eventual concurso de acreedores posterior.

**8.** La **impugnación del acuerdo** se realiza conforme a LCon art.239 .

**9.** El mediador concursal debe supervisar el **cumplimiento del acuerdo**.

**10.** Existen **especialidades** del concurso consecutivo y del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios ( LCon art.242 y 242 bis ).

## SECCIÓN 9

# Recursos

5340	<b>I. Recursos ordinarios</b>	5341
	A. No devolutivos	5342
	1. Reposición	5343
	2. Revisión	5347
	B. Devolutivos	5350
	1. Apelación	5352
	2. Queja	5390
	<b>II. Recursos extraordinarios</b>	5395
	A. Por infracción procesal	5396
	B. Casación	5435
	C. En interés de la Ley	5488
	<b>III. Medios de rescisión de sentencias firmes</b>	5490

A.	Audiencia al demandado rebelde	5492
B.	Revisión	5505

En la litigación civil, los recursos se clasifican, en una primera fase, como:

- ordinarios;
- extraordinarios; y
- de rescisión de sentencias firmes.

El estudio detallado de los distintos tipos de recursos es objeto de tratamiento en el nº 6300 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Civil.

## I. Recursos ordinarios

5341 Pueden ser:

- no devolutivos (nº 5342 ); y
- devolutivos (nº 5350 ).

### A. Recursos no devolutivos

5342 Tienen tal consideración los recursos de:

- reposición (nº 5343 s. ); y
- revisión (nº 5347 s. ).

#### 1. Recurso de reposición

(LEC art.451 a 454 )

5343 Es un recurso ordinario no devolutivo contra ciertas **resoluciones** judiciales y del letrado de la Administración de Justicia **no definitivas**.

De forma esquemática, se presentan los **trámites** a seguir en el desarrollo de este recurso.

#### a. Requisitos del recurso

5344 Deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

a) **Competencia** ( LEC art.451 ). Contra las **diligencias de ordenación** y **decretos no definitivos** cabe recurso de reposición ante el letrado de la Administración de Justicia que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la Ley prevea recurso directo de revisión.

Contra todas las **providencias** y **autos no definitivos** cabe recurso de reposición ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida.

b) **Resoluciones susceptibles de recurso** ( LEC art.451 ). Pueden provenir:

- del **letrado de la Administración de Justicia**. Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos;
- o
- del **órgano jurisdiccional**. Contra todas las providencias y autos no definitivos.

c) Se interpone en el **plazo** de 5 días ( LEC art.452.1 ).

#### b. Procedimiento

5345 Las fases por las que se sustancia este recurso son las siguientes:

a) **Interposición** ( LEC art.452.1 ). El recurso de reposición debe interponerse en el plazo de 5 días, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente.

b) **Admisión/inadmisión** ( LEC art.451.2 y 452.2 ). Si no se cumplieran los requisitos establecidos en el apartado anterior, se inadmitirá, mediante providencia no susceptible de recurso, la reposición interpuesta frente a providencias

y autos no definitivos, y mediante decreto directamente recurrible en revisión la formulada contra diligencias de ordenación y decretos no definitivos.

La interposición del recurso de reposición no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida.

c) **Audiencia de las partes recurridas** ( LEC art.453.1 ). Admitido a trámite el recurso de reposición por el letrado de la Administración de Justicia, se concederá a las demás partes personadas un plazo común de 5 días para impugnarlo, si lo estiman conveniente.

d) **Decisión** ( LEC art.453.2 ). Transcurrido el plazo de impugnación, háyanse o no presentado escritos, el tribunal si se tratara de reposición interpuesta frente a providencias o autos, o el letrado de la Administración de Justicia si hubiera sido formulada frente a diligencias de ordenación o decretos, resolverán sin más trámites, mediante auto o decreto, respectivamente, en un plazo de 5 días.

e) **Irrecurribilidad de la decisión** ( LEC art.454 y 454 bis ). Salvo los casos en que proceda el recurso de queja, contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabe recurso alguno, sin perjuicio de **reproducir la cuestión** objeto de la reposición al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva.

Esta reproducción se efectuará, necesariamente, en la **primera audiencia** ante el tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella.

5346

#### Precisiones

1) Junto con estas normas generales hay algunos supuestos en los que la Ley prevé específicamente el recurso de reposición como **mecanismo impugnatorio**, como sucede respecto de la resolución relativa a la admisión de las pruebas que hayan sido propuestas ( AP Zaragoza 14-11-06, EDJ 318235 ). Este recurso se sustancia y resuelve en el acto y, en caso de desestimación, la parte perjudicada podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

2) Si, con carácter previo a la presentación del recurso de reposición, **no se da traslado** de la copia de los escritos al procurador de la parte contraria, se tienen tales escritos por no presentados. La omisión del preceptivo traslado de la copia en los casos en los que proceda de acuerdo con LEC art.276 , y la interposición del recurso de reposición es uno de ellos ( TS auto 3-2-04, EDJ 304608 ), es un **defecto insubsanable** que tiene como consecuencia, prevista legalmente con carácter penalizador, la inadmisión del escrito y, por ende, la propia ineficacia del acto procesal de parte que la presentación del mismo suponga.

#### 2. Recurso de revisión

(LEC art.454 bis)

5347 Es un recurso ordinario contra **resoluciones del letrado de la Administración de Justicia**.

##### a. Requisitos del recurso

5348 Han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

a) **Competencia**. El órgano jurisdiccional que esté conociendo el proceso.

b) **Resoluciones susceptibles**. Cabe recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación.

Cabe interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea. Son los siguientes:

- Resolución que acuerde el alzamiento de la suspensión por prejudicialidad penal ( LEC art.41.3 ).
- Decreto que acuerde la interrupción y demora en el cómputo de un plazo por concurrencia de causa de fuerza mayor ( LEC art.134.2 ).
- Decreto que declare la caducidad de la instancia ( LEC art.237.2 ).
- Decreto que apruebe la tasación de costas LEC art.244.3 . Decreto que decida la impugnación de la tasación de costas ( LEC art.246 ).

c) **Diligencia de ordenación** que ordene dar al litigio la tramitación procedente ( LEC art.254.1 ).

d) Debe interponerse en el **plazo** de 5 días.

## b. Procedimiento

5349 El recurso se sustancia por medio de las siguientes fases:

- a) **Interposición.** Mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que la resolución hubiera incurrido.
- b) **Admisión/inadmisión.** Cumplidos los anteriores requisitos, el letrado de la Administración de Justicia, mediante diligencia de ordenación, admitirá el recurso. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos. Si no se cumplieran los requisitos de admisibilidad del recurso, el tribunal lo inadmitirá mediante providencia.
- c) **Audiencia a las partes recurridas.** Admitido el recurso se concede a las demás partes personadas un plazo común de 5 días para impugnarlo, si lo estiman conveniente.
- d) **Decisión.** Transcurrido el plazo para impugnación, háyanse presentado o no escritos, el tribunal resolverá sin más trámites, mediante auto, en un plazo de 5 días.
- e) **Recursos.** Contra las resoluciones sobre admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno.

Contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión solo cabrá recurso de apelación cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación.

## B. Recursos devolutivos

5350 Son recursos devolutivos los de:

- apelación (nº 5352 ); y
- queja (nº 5390 ).

### 1. Recurso de apelación

---

5352	a. Competencia	5353
	b. Resoluciones recurribles en apelación	5354
	c. Procedimiento	5362

#### a. Competencia

5353 Son competentes para conocer de este recurso:

- a) Los **juzgados de primera instancia**, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los juzgados de paz de su partido.
- b) Las **audiencias provinciales** cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por:
  - Los juzgados de primera instancia de su circunscripción.
  - Los juzgados de lo mercantil de su provincia.
  - Los juzgados de violencia sobre la mujer de su provincia.
- c) Los **tribunales de marca comunitaria** cuando las resoluciones sean dictadas por los juzgados de marca comunitaria.

#### b. Resoluciones recurribles en apelación

5354 Las **providencias** no son apelables ( LEC art.451 ).

Respecto de los **autos**, la Ley distingue entre autos no definitivos y autos definitivos.

#### 5355 Autos no definitivos

Si se trata de autos no definitivos, estos se equiparan a resoluciones interlocutorias ( LEC disp.trans.1ª ), con lo cual, en principio, su **tratamiento** es igual que el de las **providencias**. En este sentido, se han pronunciado los tribunales al respecto en un supuesto de acumulación de autos ( AP Huesca 19-2-02, EDJ 14939 ) o resolviendo una impugnación de una tasación de costas ( AP Valencia auto 13-2-02 ).

Aún siendo intención del legislador hacer desaparecer prácticamente las **apelaciones contra resoluciones interlocutorias**, sin embargo, la ser apelables los autos definitivos, pero también aquellos otros que la ley

expresamente señale ( LEC art.455 ), hace que nos encontremos, a lo largo del articulado de la LEC, numerosos supuestos de autos no definitivos apelables, que dejan sin efecto el propósito señalado.

### 5356 Supuestos de autos no definitivos apelables

La LEC enumera los siguientes:

1. Auto acordando la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal ( LEC art.41.2 ).
2. Auto acordando la suspensión del proceso civil por prejudicialidad civil ( LEC art.43 ).
3. Auto denegando las diligencias preliminares ( LEC art.258.2 ).
4. Auto estimando la oposición formulada contra la petición de diligencias preliminares ( LEC art.260.2 ).
5. Auto de la LEC art.235 sobre reconstrucción de autos.
6. Auto que deniega la ejecución provisional ( LEC art.527.4 ).
7. Auto resolutorio de la oposición a la ejecución por motivos de fondo ( LEC art.561.3 ).
8. Auto proveyendo en contradicción con el título ejecutivo judicial ( LEC art.563.1 ).
9. Auto resolviendo la oposición planteada contra la cuenta final justificada que presente el administrador en la Administración judicial ( LEC art.633.3 ).
10. Auto acordando medidas cautelares ( LEC art.735.2 ).
11. Auto denegatorio de medidas cautelares ( LEC art.736.1 ).
12. Auto acordando o denegando el internamiento no voluntario por razones de trastornos psíquicos de una persona ( LEC art.763.3 ).
13. Auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges en los procesos matrimoniales ( LEC art.777.8 ).

### 5357 Autos definitivos

La LEC llama autos definitivos y, en general, **resoluciones definitivas**, a todas aquellas que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas ( LEC art.207 ).

Los autos definitivos son **apelables** en el plazo de 5 días ( LEC art.455 ).

### 5358 Autos definitivos apelables

Se enumeran los siguientes supuestos:

1. Auto absteniéndose de conocer por falta de jurisdicción y competencia objetiva.
2. Auto inadmitiendo a trámite una demanda ( LEC art.403 ).
3. Auto denegando el despacho de la ejecución en el proceso de ejecución ( LEC art.552.2 ).
4. Auto acordando el sobreseimiento del pleito cuando no fuese en absoluto posible determinar en que consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvención, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones ( LEC art.424.2 ).
5. Auto declarando la caducidad de la instancia ( LEC art.237 ).
6. Auto declarando la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto o por enervación del desahucio ( LEC art.22 ).
7. Auto dictado en una cuestión incidental decidiendo poner fin al proceso ( LEC art.393.5 ).
8. Auto poniendo fin a la ejecución por inexistencia o cancelación de la hipoteca ( LEC art.688.3 ).
9. Auto estimando la oposición a la ejecución en las ejecuciones sobre bienes hipotecados o pignorados cuando se basen en las causas de la LEC art.695.1. 1ª y 3ª ( LEC art.695.4 ).
10. Auto poniendo fin al proceso cuando existan defectos de capacidad o representación y no sean subsanables o no se subsanen en plazo ( LEC art.418.2 ).
11. Auto poniendo fin al proceso cuando transcurra el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados ( LEC art.420.4 ).
12. Auto de sobreseimiento en caso de litispendencia o cosa juzgada ( LEC art.421.1 ).

**13.** Auto sobreseyendo el proceso cuando en los casos de inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía procediese seguir el juicio verbal, pero la demanda apareciese interpuesta fuera de plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley ( LEC art.422.2 ).

**14.** Auto sobreseyendo el proceso cuando en los casos de inadecuación del procedimiento por razón de la materia, procediese según el juicio verbal pero la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley ( LEC art.423.3 ).

5360

#### Precisiones

La jurisprudencia está perfilando el carácter de auto definitivo de **otros supuestos** no contemplados en la propia Ley:  
**1)** Auto que acuerda **no adjudicar el remate de la subasta** a quien en principio más pujó, ni a sus cesionarios, puesto que ninguno de ellos pagó el precio total del remate, y sí al siguiente mejor postor, a quien se le ofrece adjudicársele el remate, una vez cumplidos los correspondiente trámites legales ( AP Palencia auto 15-3-02 ).

**2)** Los **autos desestimatorios de la oposición** basada exclusivamente en **defectos procesales** ( AP Cantabria 26-9-02, Rec 238/02 ). Conforme a la LEC art.561.3 , cabe recurso de apelación contra el auto que resuelva la oposición por motivos de fondo, pero nada se dice de la basada exclusivamente en defectos procesales.

**3)** Sobre la **apelabilidad de las sentencias** no existe duda alguna, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros ( LEC art.455 ).

**4)** La LEC distingue entre apelación y **segunda instancia** y configura esta última como aquella en la que se conoce de los procesos que han puesto fin a la primera instancia, de manera que, si bien la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia abrió la segunda instancia, la circunstancia de que se declarara la nulidad de parte de lo actuado priva a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial del carácter de sentencia de segunda instancia ( TS auto 18-2-15, EDJ 12946 )

#### c. Procedimiento

(LEC art.457 a 467 )

**5362** Se establece un único procedimiento, con independencia del tipo de resolución que se recurra y el proceso en que se ha dictado.

El procedimiento de la apelación se divide, principalmente, en las siguientes **fases**:

**a) Ante el juez «a quo»:**

1º. La interposición.

2º. La oposición y/o impugnación.

**b) Ante el órgano «ad quem»:**

1º. La sustanciación o tramitación del recurso, en su caso.

2º. La decisión.

#### **5363** Interposición

El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne, dentro del **plazo** de 20 días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella.

El escrito de interposición deberá poner de manifiesto las **alegaciones** en que se base la impugnación, además de citar la **resolución** apelada y los **pronunciamientos** que se impugnan.

Si la **resolución impugnada fuera apelable**, y el recurso se hubiera formulado dentro de plazo, en el plazo de 3 días el letrado de la Administración de Justicia tendrá por interpuesto el recurso, mientras que en caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la **admisión** del mismo **a trámite**.

Si el tribunal entiende que se cumplen los requisitos de admisión, dictará **providencia** teniendo por interpuesto el recurso, mientras que en caso contrario dictará auto declarando la **inadmisión**, auto este que solo será recurrible en **queja**.

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso de apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de **oposición al recurso** a que se refiere la LEC art.461 .

#### **5365** Contenido del escrito de interposición

Se puede incluir en este escrito:

1º. Las **alegaciones** en que se base la impugnación. El apelante debe alegar cuantas razones quiera que sean tenidas en cuenta por el tribunal *ad quem*. Después ya no podrá hacerlo, ni siquiera en la posible vista, cuyo contenido se debe ceñir a lo delimitado en la LEC art.464 .

En el recurso de apelación se podrá alegar la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, con subordinación a los siguientes **requisitos**:

- cita en el escrito de interposición de las **normas** que se consideren infringidas;

- alegación, en su caso, de la **indefensión sufrida**; no basta con la mera cita de las disposiciones vulneradas, sino que es exigible al recurrente la concreta identificación de la indefensión sufrida por dicha infracción procesal ( AP Córdoba 22-3-03, EDJ 12695 ).

- acreditación por el apelante de la oportuna **denuncia** de la infracción invocada, de tener oportunidad procesal para ello.

Se considera que las infracciones deben denunciarse en la **audiencia previa** o en el **acto del juicio**, tan pronto como la parte perjudicada tenga conocimiento de las mismas ( AP Murcia 17-9-09, EDJ 256270 ).

La LEC art.459 impone al apelante **el deber de acreditar** que denunció oportunamente **la infracción** si hubiese tenido oportunidad para hacerlo, lo que no ha ocurrido en el presente caso, desde el momento en que la parte recurrente no formuló siquiera ninguna petición para que se resolviese la cuestión planteada en la audiencia previa» ( AP A Coruña 11-6-09, EDJ 137104 ).

**5367** 2º. La **solicitud de prueba y aportación de documentos** en base a los supuestos de la LEC art.460 .

Al escrito de interposición pueden acompañarse los **documentos** que se hallen en alguno de los casos previstos en LEC art.270 y que no hayan podido aportarse en la primera instancia.

Con relación a la **unificación de criterios** se señala que los supuestos previstos en LEC art.460.1 y 2 son diferentes en su alcance y consecuencias, ya que el número 1 **no** es supuesto de **recibimiento a prueba** y, en consecuencia, la admisión a su amparo de documentos no determina por sí misma la celebración de vista del recurso, y, por otro lado, sostiene que al amparo del citado precepto cabe aportar por parte del apelante no solo los **documentos** comprendidos en LEC art.270 , sino también los comprendidos en LEC art.271 , que permite aportar las **sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa** dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver ( AP Madrid acuerdo 23-9-04, EDJ 294471 ).

Si los documentos aportados junto con el escrito de interposición **no se corresponden** con lo exigido por LEC art.460 en materia de recibimiento a prueba no deberán dar lugar a la práctica de pruebas en la segunda instancia ( AP Las Palmas 16-12-03, EDJ 207453 ).

**5368** En el escrito de interposición se puede pedir la práctica de las **pruebas** siguientes:

**a)** Las que hayan sido **indebidamente denegadas en primera instancia**, siempre que se haya interpuesto recurso de reposición o se haya protestado en la vista (hechos improbables a causa del juez). Si la denegación en primera instancia se considera procedente por el órgano *ad quem* este deberá inadmitir la prueba propuesta ( AP Murcia 10-2-04, EDJ 313107 ). La misma suerte correrá la solicitud de recibimiento a prueba del recurso si no se formuló, en su momento, la oportuna **protesta** ( AP Granada 13-12-02, EDJ 136308 ).

**b)** Las que, admitidas en primera instancia **no hayan podido practicarse** por cualquier causa no imputable al que las haya solicitado (hechos improbables por fuerza mayor).

**c)** Las que proponga el **demandado declarado en rebeldía** que, por cualquier causa que no le sea imputable, se haya personado en los autos después del momento de proposición de prueba en primera instancia (hechos improbables a causa de parte).

La **rebeldía voluntaria** en la instancia impide la práctica de pruebas al amparo de este motivo. No se puede desconocer que, aún fuera de la norma que regula el ámbito de la apelación, la LEC art.456 contiene una evidente **excepción** para el rebelde involuntario, para el que el legislador, aún sin admitirlo expresamente, contempla una derogación excepcional del régimen ordinario, lo que se infiere de la posibilidad recogida en LEC art.460.3 en la medida en que permite que el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiera personado después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia, podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho ( AP Zaragoza 7-5-03, EDJ 40782 ; 16-9-03 ).

Ahora bien, para que eso sea posible, y como presupuesto esencial, es necesario que se trata de una **rebeldía involuntaria**, no táctica o por mera desidia o dejación de derechos por parte del demandado, pues solo para aquella está justificado que al demandante se le pueda producir una privación de una de las instancias, dado que toda

la oposición que pueda plantear el rebelde involuntario se sustanciará y dilucidará exclusivamente en la segunda instancia).

**d)** Las que se refieran a hechos de relevancia para el pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia (hechos posteriores que han de ser complementarios de los alegados en su momento). Puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimenta un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal, pero la posibilidad de tomar en consideración **hechos posteriores** a la presentación de la demanda solo es posible cuando tienen un **carácter complementario** o **interpretativo** ( TS 5-7-10, EDJ 145089 ).

**e)** Las que se refieran a **hechos ocurridos antes**, si la parte justifica no haber tenido conocimiento anterior de ellos (hechos desconocidos).

La interpretación de estos supuestos debe hacerse restrictivamente, en la medida en que la **prueba en la segunda instancia** se considera excepcional ( AP Sevilla 28-12-05, EDJ 306235 ).

**5370** 3º. La solicitud de que se celebre **vista**. Aunque la Ley nada específica sobre ello, parece claro que si el apelante estima necesaria la celebración de vista, podría pedirlo en este escrito y reiterarlo al personarse ante el órgano *ad quem*.

**5371** **Oposición y/o impugnación del recurso**  
(LEC art.460.1)

Rige el **plazo** de 10 días a contar desde el día siguiente al emplazamiento a la parte para que presente el escrito de oposición y/o impugnación.

El **plazo para la evacuación** de la oposición o impugnación no empieza a discurrir hasta que no se dicta y notifica la resolución judicial teniendo por presentado el escrito de interposición y trasladando el mismo a las partes apeladas ( AP Castellón 24-5-02, EDJ 136157 ).

**5372** **Contenido de la oposición**

El contenido de la misma puede ser:

a) Oponerse a la propia **admisibilidad del recurso planteado**. Contra la providencia en la que se tuvo por preparada la apelación, el apelado no ha dispuesto, hasta ahora, de posibilidad alguna para recurrirla, ha debido esperar a este momento conforme a la LEC art.457.5 .

b) Oponerse a la **aportación de nuevos documentos** por parte del apelante. Es ahora cuando debe alegar lo que estime procedente.

c) Oponerse al **recibimiento a prueba** del recurso solicitado por el apelante. Es ahora cuando debe alegar lo que convenga a su derecho.

d) Oponerse a los **motivos de fondo** del recurso del apelante. Estructurándolo en hechos y fundamentos de derecho.

e) Oponerse o, en su caso, adherirse a la **celebración de vista** solicitada por el apelante.

Por su parte el **apelado** puede:

- **aportar nuevos documentos y solicitar prueba**, conforme a la LEC art.461 . Ahora bien, esto ha planteado un grave problema desde el momento en que el legislador no ha previsto un trámite posterior de traslado al apelante para alegar lo que estime oportuno. Se recoge esta posibilidad solo para el supuesto de que se presente escrito de impugnación ( LEC art.461.4º );

- solicitar la **celebración de vista oral**, aunque no lo haya pedido el apelante.

**5375** **Impugnación de la resolución recurrida**

En cuanto a la posibilidad de impugnar, a su vez, la resolución recurrida, la llamada tradicionalmente «**adhesión a la apelación**», se formula con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición.

A continuación, tras la impugnación por el apelado, y solo en este caso, se da **traslado al apelante principal**, para que en el plazo de 10 días manifieste lo que tenga por conveniente ( LEC art.461.4 ).

#### Precisiones

**1)** La **impugnación sucesiva** permite al litigante que inicialmente no hubiera recurrido la sentencia que no le reconoció en su integridad la tutela judicial pretendida, la oportunidad de hacerlo al tener conocimiento de que su contrario, en lugar de aquietarse, había interpuesto recurso e impedido, con ello, que la resolución ganara firmeza. No hay razón,



como regla, para dar un tratamiento distinto a quien no recurrió que a quien, habiéndolo hecho o anunciado, desistió luego de hacerlo en la errónea creencia de que la parte contraria no había recurrido. La letra de la LEC art.461.2 - referida expresamente a «quien inicialmente no hubiera recurrido»- comprende ambas posibilidades si se atribuye al desistimiento un efecto *ex tunc*, a estos fines. Por lo demás, las reglas de interpretación de las declaraciones de voluntad no conducen a entender que la **renuncia** a una **apelación** anunciada o interpuesta implique la, objetivamente distinta, facultad de impugnar si la otra parte apelase. Los supuestos son distintos y no se ofrece razón, en el caso, para no dar amparo a esta segunda decisión ( TS 23-3-15, EDJ 65041 ).

**2)** Se aprecia en la Ley que solo habla de dar traslado al apelante principal, cuando son muy comunes los procesos con **pluralidad de partes**, en las que unas apelen y otras no. A este respecto, es de interés el auto de referencia, ante la falta de **traslado del escrito** de impugnación del apelado al **resto de las partes** que solo se opusieron al recurso principal. Y dice: «...del escrito de impugnación se ha de dar traslado, tanto al apelante principal, como al resto de las partes, por tratarse la impugnación de una apelación autónoma, que puede incidir en aspectos de la sentencia no combatidos por el apelante principal, y ahora sí impugnados por el apelante impugnante, a los que se debe dar la **oportunidad de contestar**, no solo al apelante principal, sino también al resto de las partes, por su interés en la confirmación de la sentencia, puesto de manifiesto cuando presentaron su primer escrito de oposición al recurso» ( AP Burgos auto 20-3-02, EDJ 21604 ).

**5376** La **contestación** al recurso del apelado se debe hacer en idénticos términos a lo expuestos anteriormente al tratar la oposición al recurso del apelante por el apelado.

Evacuado el traslado conferido al apelante o transcurrido los 10 días sin que se haya presentado escrito alguno, el juez *a quo* acordará la **remisión de los autos** al órgano *ad quem*, con todos los escritos presentados.

#### Precisiones

Respecto a este trámite procesal, la Ley parte de la premisa, no del todo cierta como ya hemos puesto de relieve, de que ya no existe la posibilidad de recurrir en apelación **resoluciones interlocutorias** con independencia de la resolución definitiva, remitiéndose, en este caso, al órgano *ad quem* solo un testimonio de particulares.

**5378** **Personación ante el órgano *ad quem***  
(LEC art.463)

Interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el letrado de la Administración de Justicia ordenará la **remisión de los autos** al tribunal competente para resolver la apelación, con **emplazamiento** de las partes por término de 10 días.

A su vez, recibidos los autos, tras el **nombramiento del magistrado ponente**, con carácter previo y de oficio, se examinan los autos en orden a:

a) Controlar la correcta **competencia objetiva** para conocer de la pretensión y de la funcional para conocer del recurso del juez *a quo* ( LEC art.48.2 ).

b) Controlar su propia **competencia funcional**.

c) Controlar si la resolución es **recurrible en apelación** Se resuelve sobre el análisis de oficio por el tribunal *ad quem* de la apelabilidad o no de la resolución recurrida ( AP Burgos auto 26-4-02, EDJ 36947 ).

d) Controlar si fue correcta la **preparación e interposición** del recurso y su posterior admisión. Se recoge la decisión del órgano *ad quem* al apreciar, tras la denuncia del apelado en su escrito de oposición, la preparación extemporánea del recurso ( AP Tarragona auto 7-12-04, EDJ 228937 ).

e) Resolver lo que proceda sobre las **pruebas propuestas** y los **documentos** aportados, en el plazo de 10 días.

**5380** **Admisibilidad de la prueba**

La prueba se practicará, cuando sea posible hacerlo, en el mismo acto de la **vista** y, en otro caso, con anterioridad a ella. Según la **doctrina**, la naturaleza y el ámbito limitados del recurso de apelación, que se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley y en la LEC art.456.1 , se traduce en una **regulación restrictiva** de la admisibilidad de prueba en la segunda instancia, más acentuada que en la legislación precedente ( LEC art.460 ). Así, la posibilidad de introducir o acreditar hechos nuevos en la apelación reviste **carácter excepcional**, y, en general, el trámite de prueba en la alzada no está concebido como un medio de suplir la inactividad o negligencia en que hayan incurrido las partes en la primera instancia.

La petición de práctica de la prueba en apelación puede ser rechazada por el tribunal, de modo que el **rechazo de la prueba** no puede producir por sí mismo indefensión, que solo será apreciable cuando se haya decretado la exclusión de una prueba que fuera definitiva para el resultado del procedimiento ( TS 24-6-10, EDJ 133401 ).

a) **Aportación de documentos** ( LEC art.460.1 ). Tales documentos necesariamente deben acompañarse a los escritos de interposición, oposición o impugnación.

b) Pruebas indebidamente **denegadas o no practicadas** en primera instancia ( LEC art.460.2.1ª y 2ª ; AP Murcia auto 1-9-03, EDJ 134256 ). La admisión de esta clase de pruebas, supuesta su pertinencia, utilidad y licitud, tiene condicionamientos diferentes según se trate del juicio ordinario o del juicio verbal ( LEC art.283 , 287 y 443.4 ).

Con respecto a las pruebas **indebidamente denegadas** en primera instancia, su admisión exige que se haya impugnado ante el juzgado *a quo* la resolución denegatoria, lo cual implica: en el **juicio ordinario**, la necesidad de formular recurso de reposición, y, si se desestima, protesta ( LEC art.285.2 y 460.2.1ª ); mientras que, en el **juicio verbal**, solo cabe formular protesta ( LEC art.446 y 460.2.1ª ).

En cuanto a las pruebas admitidas y **no practicadas** en primera instancia por causa no imputable a la parte, su admisión requiere que no hayan podido practicarse ni siquiera como diligencias finales ( LEC art.460.2.2ª ), pero bien entendido que esta exigencia de que la parte haya agotado previamente esta vía procesal interesando la práctica de la prueba como diligencia final, solo cabe referirla al **juicio ordinario**, donde aparece legalmente previsto este trámite ( LEC art.435 ), a diferencia de lo que ocurre en el **juicio verbal**, en el que no existe la posibilidad de proponer y practicar diligencias finales.

c) Prueba sobre **hechos nuevos o de nueva noticia** ( LEC art.460.2.3ª ). La Ley impone que «justifique» que los desconocía. La prueba sobre estos nuevos hechos conlleva la posibilidad de su previa alegación en la fase de interposición del recurso ( LEC art.456.1 ).

d) Prueba **a instancia del demandado rebelde** ( LEC art.460.3 ). Solo se permite al rebelde involuntario, limitación que ya gozaba de respaldo en la jurisprudencia constitucional ( TCo 37/1995 ). En efecto, es necesario que se trate de una rebeldía involuntaria, no táctica o por mera desidia o dejación de derechos por parte del demandado, pues solo para aquella está justificado que al demandante se le pueda producir una privación de una de las instancias, dado que toda la oposición que pueda plantear el rebelde involuntario se sustanciará y dilucidará exclusivamente en la segunda instancia ( AP Zaragoza 16-9-03, EDJ 112524 ).

#### 5384 Vista

A partir de este momento, la cuestión primordial que se plantea, es la de delimitar en que casos se celebra vista.

El primero es el indubitado, si las partes **han solicitado prueba**, y esta es admitida en todo o en parte en un auto que se dicta ahora, el tribunal acordará la celebración de vista en la misma resolución, con el fin principal de que se practique dicha prueba.

La Ley también habla de que aún **cuando no se haya pedido** prueba o aportado documentos, puede acordar también la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario ( LEC art.464 ). Ese «puede» por un lado y «siempre» que viene después, abren claramente la vía de la discusión. Tras las esperadas opiniones contradictorias, parece ser que los tribunales han optado por considerar que es una **potestad discrecional** del tribunal, lo soliciten o no las partes. Es decir, en los casos en que no se ha solicitado prueba ni aportado nuevos documentos, el tribunal, por regla general, no acuerda vista. La vista será **preceptiva** cuando se haya admitido y practicado prueba en la segunda instancia.

La vista, en cambio, será **potestativa** cuando no se haya propuesto prueba, o la prueba propuesta se haya inadmitido, sin quedar vinculado el órgano judicial a la petición formulada por las partes ( TS auto 27-12-05, EDJ 296835 ).

Si **no se celebra vista**, se pasaría directamente a dictar sentencia, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos en el tribunal competente para la apelación ( LEC art.465.1.2º ).

Si se acuerda vista, llegado el día de su celebración, la **incomparecencia del apelante a la misma**, de forma voluntaria, no tiene mayor consecuencia que la de no tener el apelante posibilidad alguna de reiterar o rectificar, en lo que proceda, la fundamentación de sus pretensiones que considerase oportuna y entender, en su caso, que renuncia a su prueba y así lo ha señalado ya la jurisprudencia de las Audiencias. La incomparecencia del apelante al acto de la vista no le priva de una **decisión respecto al fondo** de la litis, al asumir el órgano judicial de apelación la plenitud de conocimiento de las actuaciones ( AP Madrid 17-10-02, EDJ 136218 ; AP Málaga 15-4-02, EDJ 136228 ).

Si bien, debe apuntarse que existe algún **pronunciamiento en sentido contrario**, que se apoya en los efectos de la incomparecencia del demandante a la vista del juicio verbal para aplicarlos aquí por analogía ( AP Ourense 11-7-02, EDJ 136241 y en el mismo sentido se pronuncia AP Barcelona Auto 21-1-11, EDJ 29489 ).

Novedad en el desarrollo de esta vista es la posibilidad de poner de manifiesto la existencia de **vicios o defectos** procesales y su **subsunción** en el acto si fuera posible ( LEC art.465.3 ). Obviamente, debe tratarse de defectos procesales que o bien se han producido en la tramitación del recurso o bien que, acaecidos en la primera instancia, no se han evidenciado hasta este momento. Es obvio que la LEC busca, en general, evitar que en los procesos se dicten sentencias de contenido meramente procesal o de absolución de la instancia.

Después se pasaría a la **práctica de la prueba** admitida, en su caso, y a los **informes** de las partes.

### 5386 Decisión

En cuanto a la decisión, donde el órgano *ad quem* se pronuncia sobre la **pretensión de impugnación**, el **plazo** para resolver es de 10 días en caso de celebración de vista, a contar desde su finalización. En otro supuesto, el indicado plazo es de un mes desde la recepción de los autos por parte del órgano competente.

#### Precisiones

1) Cabe no entrar a resolver el recurso por apreciar una **defectuosa admisión** del mismo: los motivos legales en que pueda fundarse la inadmisión de un recurso son pertinentes, al resolver, para desestimarlo, aun cuando el recurso se hubiera admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados, y ello aunque no hubiera existido petición de parte ( AP Salamanca 14-2-05, EDJ 22045 ).

2) En consecuencia, la **causa de inadmisión** del recurso se convierte ahora en **causa de desestimación**, sin haber lugar a entrar en los motivos de la apelación ( AP Badajoz 7-4-09, EDJ 73701 ).

### 5387 Contenido de la sentencia

Si la **infracción procesal** alegada fue cometida al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, ha de resolver sobre la cuestión o cuestiones objeto del proceso.

Cuando esto último no sea de aplicación, infracción procesal cometida por la sentencia recurrida y la infracción procesal sea de las que originan la **nulidad radical de las actuaciones** o de parte de ellas, el tribunal ha de declararlo así mediante providencia, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió.

No se declara la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal es **subsancable** en la segunda instancia, para lo que el tribunal ha de conceder un plazo no superior a 10 días, salvo que el vicio se ponga de manifiesto en la vista y sea subsancable en el acto. Producida la subsanación y, en su caso, oídas las partes y practicada la prueba admisible, el tribunal de apelación dicta resolución sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito.

### 5388 Recursos

La sentencia que resuelva la apelación será susceptible de recurso de **casación** y de recurso **extraordinario por infracción procesal**, siempre que reúna los requisitos exigidos en cada caso para la interposición del correspondiente recurso extraordinario.

Si se interponen por la misma parte ambos recursos, se **inadmitirá** el de casación.

Si los distintos litigantes optan por interponer **distinta clase de recurso extraordinario**, el fundado en infracción procesal se tramita con **preferencia**, quedando en suspenso la tramitación del recurso de casación, una vez admitido, y continuando posteriormente si el recurso por infracción procesal es desestimado (por remisión al LEC art.488 ).

Contra las sentencias dictadas por las audiencias provinciales como consecuencia de la estimación de un **recurso extraordinario por infracción procesal**, solo se admite de nuevo este recurso cuando se funde en **infracciones diferentes** de la que fue objeto del primer recurso ( LEC art.467 ), lo que significa que no pueden admitirse motivos procesales idénticos a los interpuestos con anterioridad, pero no que no puedan invocarse como motivos de fondo o sustantivos las infracciones de preceptos constitucionales, relacionados con infracciones procesales anteriores, si su corrección no fue atendida en apelación ( TSJ Galicia 9-12-04, EDJ 267819 ).

## 2. Recurso de queja

(LEC art.494 y 495 )

### 5390 Es un recurso **ordinario y devolutivo**.

Los recursos de queja se tramitan y resuelven con **carácter preferente**.

### 5391 Competencia

Pueden conocer de este tipo recursos:

- a) La **audiencia provincial** correspondiente, cuando se recurra el auto de inadmisión de un recurso de apelación.
- b) La Sala Primera del **Tribunal Supremo**, cuando se recurra el auto de inadmisión de un recurso de casación y de un recurso extraordinario por infracción procesal, en tanto se siga aplicando el régimen provisional de LEC disp.final 16ª .

c) La sala de lo civil y penal del **tribunal superior de justicia** correspondiente, cuando se recurra el auto de inadmisión de un recurso de casación basado en la infracción de normas del Derecho civil propio de la comunidad autónoma en la que el TSJ tenga su sede y exista previsión estatutaria en este sentido; la competencia de estos órganos se extenderá a los autos que inadmitan los recursos extraordinarios por infracción procesal una vez que se ponga fin a la aplicación del régimen provisional de la LEC disp.final 16ª .

### 5393 Resoluciones recurribles

Procede contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución **deniegue** la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación ante el órgano al que corresponda conocer el recurso no tramitado.

### 5394 Procedimiento

Las fases son las siguientes:

1. **Preparación.** El recurso de queja se preparará pidiendo, dentro del quinto día, reposición del auto recurrido, y para el caso de no estimarla, testimonio de ambas resoluciones ante el tribunal *ad quem*.
2. Si el **tribunal no diera lugar a la reposición**, mandará a la vez que, dentro de los 5 días siguientes, se facilite dicho testimonio a la parte interesada, acreditando el letrado de la Administración de Justicia, a continuación del mismo, la fecha de entrega.
3. Dentro de los 10 días siguientes al de la entrega del testimonio, la parte que lo hubiera solicitado habrá de presentar el **recurso de queja** ante el órgano competente, aportando el testimonio obtenido.
4. Presentado en tiempo el recurso con el testimonio, el tribunal **resuelve** sobre él en el plazo de 5 días.
5. Si considera **bien denegada** la tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos. Si la estima **mal denegada**, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación.
6. Contra el auto que resuelva el recurso de queja **no se dará recurso alguno**.

## II. Recursos extraordinarios

5395	A. Recurso extraordinario por infracción procesal	5396
	B. Recurso de casación	5435
	C. Recurso en interés de la Ley	5488

### A. Recurso extraordinario por infracción procesal

(LEC art.468 a 476 )

5396	1. Requisitos	5397
	2. Procedimiento	5400
	3. Ámbito del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal	5405
	4. Reglas para la preparación, interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal	5406
	5. Criterios sobre recurribilidad y admisión	5410
	6. Presupuestos de recurribilidad	5418
	7. Motivos	5422

#### 1. Requisitos

5397 Con relación a este recurso, han de tenerse en consideración las siguientes cuestiones:

a) **Competencia** ( LEC art.468 en relación disp.final 16ª.1 ): En tanto no se confiera a los tribunales superiores de justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, es competente para conocer del recurso la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

b) **Resoluciones susceptibles de recurso:** sentencias y autos dictados por las audiencias provinciales que pongan fin a la segunda instancia ( LEC disp.final 16ª.2ª ):

- En los **procesos:** 1º Cuando se dicten para la **tutela judicial civil de derechos fundamentales**, excepto los que reconoce la Const art.24 . 2º Cuando la cuantía del asunto exceda de 600.000 euros.

- Contra las **sentencias** que dicten las **audiencias provinciales** a consecuencia de haberse estimado recurso extraordinario por infracción procesal no se admitirá de nuevo este recurso extraordinario si no se fundara en infracciones y cuestiones diferentes de la que fue objeto del primer recurso.

c) **Motivos:** Se enumeran los siguientes:

1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiera podido producir indefensión.

4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en la Const art.24 .

d) **Plazo:** 5 días.

## 2. Procedimiento

---

5400 Las fases de desarrollo del recurso son las siguientes:

I. Ante el **órgano a quo** .

1. **Interposición.** En el plazo de los 20 días: Escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, en el que:

- se exponga razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el resultado del proceso.
- se podrá también solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida.
- solicitar la celebración de vista.

2. **Remisión de los autos y emplazamiento** ante el tribunal *ad quem*: Dentro de los 5 días siguientes se remitirán todos los autos originales al órgano *a quo* con emplazamiento de las partes ante ella por término de 30 días.

Si el recurrente no compareciere dentro del plazo señalado, el letrado de la Administración de Justicia declarará desierto el recurso y quedará firme la resolución recurrida.

5402 II. Ante el órgano **ad quem** .

1. **Admisión/Inadmisión.** Recibidos los autos en el tribunal, se pasarán las actuaciones al magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

a) **Inadmisión:**

- Se inadmitirá en los siguientes casos: - si se apreciaren defectos respecto de la LEC art.467 , 468 y 469 ; - si el recurso careciere manifiestamente de fundamento.
- La sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas para que, en el plazo de 10 días, formulen las alegaciones que estimen procedentes.
- Si la sala entiende que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida.

b) **Admisión:**

- Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie.
- No se dará recurso alguno contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

5403 2. **Oposición de las partes recurridas.** Se entregará copia del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que formalicen por escrito su oposición en el plazo de 20 días. Durante dicho plazo estarán de manifiesto las **actuaciones en la secretaría**.

En el escrito de oposición se podrán alegar también las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal, solicitar las pruebas que se estimen imprescindibles y pedir la celebración de vista.

3. **Vista y prueba.** La sala señalará, mediante providencia, dentro de los 30 días siguientes, día y hora para la celebración de vista o, en su caso, para la votación y fallo del recurso extraordinario por infracción procesal.

Si se hubiera pedido y admitido la práctica de alguna prueba o si la sala, de oficio o a instancia de parte, lo considerare oportuno para la mejor impartición de la justicia, en el recurso extraordinario, se acordará que se celebre vista, que

comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueran varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias.

La práctica de las pruebas se regirá por lo dispuesto en la ley para la vista de los juicios verbales.

5404 4. **Sentencia.** La sala dictará sentencia dentro de los 20 días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo.

Si el recurso se hubiese fundado en la infracción de las normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional, se examinará y decidirá sobre este motivo en primer lugar.

a) Si **se estima**:

- Si se hubiera denunciado la **falta de jurisdicción o de competencia objetiva**, la sala casará la resolución impugnada, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien correspondiere.
- Si el recurso se hubiese interpuesto contra sentencia que confirmaba o declaraba la falta de jurisdicción o de competencia, tras casar la sentencia, ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto, salvo que la **falta de jurisdicción** se hubiera **estimado erróneamente** una vez contestada la demanda y practicadas las pruebas, en cuyo caso se ordenará al tribunal de que se trate que resuelva sobre el fondo del asunto.
- En los demás casos, de estimarse el recurso por todas o alguna de las **infracciones o vulneraciones alegadas**, la sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la infracción o vulneración.
- Esto no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en la **infracción de las normas procesales** reguladoras de la sentencia o en vulneraciones de la Const art.24 que únicamente afectaran a la sentencia recurrida.

b) Si **se desestima**: se devolverán las actuaciones al tribunal del que procedan.

Contra la sentencia que resuelva el recurso extraordinario por infracción procesal **no cabrá recurso alguno**.

### 3. **Ámbito del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal**

---

5405 El Tribunal Supremo viene afirmando de forma rotunda a este respecto lo siguiente ( TS 8-3-05, EDJ 31382 ):

1. El recurso de casación se ha de contraer al examen de una cuestión de Derecho de **carácter sustantivo** que conforma el objeto del proceso, esto es, a la revisión de la aplicación de la norma sustantiva que ha de resolver la controversia, en donde se resume el alcance de la infracción normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la propia infracción normativa.

2. El recurso extraordinario por infracción procesal tiene por objeto el conocimiento de todas las cuestiones que no presenten carácter sustantivo, no solo las de **carácter adjetivo** estrictamente consideradas, sino también otras de **índole formal** como la cosa juzgada, el litisconsorcio o la legitimación, que, si bien están indisolublemente unidas al fondo del asunto, requieren un tratamiento preliminar al de las cuestiones de fondo propiamente dichas, o como la determinación de los **hechos probados**, quedando para el recurso de casación la concreción de la significación jurídica de los hechos y la operación jurídica de la subsunción de los reputados probados en el supuesto de hecho contemplado por la norma.

3. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que en determinados supuestos tiene lugar una suerte de **sustantivación de las normas procesales**, lo que se produce, bien por la especialidad del objeto del proceso de que se trata - como sucede, por ejemplo, en los que versan sobre el reconocimiento y declaración de eficacia de resoluciones extranjeras, la firmeza de la resolución por reconocer, la naturaleza de la acción ejercitada, la salvaguarda de las garantías procesales en el procedimiento seguido en origen, el respeto al orden público procesal, la competencia internacional o la litispendencia o la eficacia de la cosa juzgada de las resoluciones del foro-, bien porque el objeto del proceso lo constituya la validez o eficacia de otro procedimiento, que exige resolver sobre la pretensión anulatoria, llevando a cabo el examen de la aplicación de las normas procesales en el anterior procedimiento, cuya corrección jurídica conforma el objeto del proceso.

En tales casos, y en la medida en que los preceptos procesales se sustantivizan para constituir las normas con arreglo a las cuales se ha de resolver el objeto del proceso, que igualmente aparece sustantivizado, resultan idóneos para fundamentar la procedencia del **recurso de casación**, al referirse a las cuestiones objeto del debate.

Los anteriores criterios permiten hablar de **ámbitos objetivos absolutamente diferenciados** en lo que se refiere al recurso de casación y al recurso extraordinario por infracción procesal ( TS auto 26-2-02, EDJ 136174 ).

### 4. **Reglas para la preparación, interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal**

5406 Debe tenerse en cuenta:

- a) Es **competente** para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, las resoluciones recurridas pueden también **impugnarse** por los motivos previstos en la LEC art.469 .
- b) Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones **recurribles en casación** a que se refiere la LEC art.477.2º.1 y 2 .
- c) Cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infracción procesal y en casación, habrá de preparar e interponer ambos recursos en un **mismo escrito**. A la preparación e interposición de dichos recursos y a la remisión de los autos, les serán de aplicación los plazos establecidos en la LEC art.479 , 481 y 482 , respectivamente.
- d) Siempre que se preparen contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un **único procedimiento**. Cuando se trate de recursos presentados por **distintos litigantes**, se procederá a su acumulación.
- e) Si se tramitarán conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es **susceptible de recurso de casación**, y si no fuera así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal. Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3 del apartado segundo de la LEC art.477.2.3º , la sala resolverá si procede la **admisión o inadmisión** del recurso de casación, y si acordara la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Solo en el caso de que el recurso de casación resulte admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.
- f) Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre **en primer lugar** el recurso extraordinario por infracción procesal y, solo cuando este se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la **desestimación** del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.
- g) Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo de la LEC art.469.1.2º , la sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará **nueva sentencia**, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como **fundamento** del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la sala si se alega y estima producida una vulneración de la Const art.24 que solo afectase a la sentencia.
- h) Contra las sentencias dictadas resolviendo recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación **no cabrá recurso** alguno.

5408

Precisiones

- 1) En tanto las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia **carezcan de competencia para conocer**, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación la LEC art.466 , 468 , 472 , así como la LEC art.488 a 493 y la LEC art.476.4º .  
Lo dispuesto en la LEC art.476.2º último párrafo no será de aplicación en los casos en que se **estime el recurso extraordinario por infracción procesal** fundado en la LEC art.469.1.2º o en vulneraciones de la Const art.24 que únicamente afectaran a la sentencia recurrida.  
Las referencias a los **tribunales superiores de justicia**, contenidas en la LEC art.470.4º y en el art.472 , se entenderán hechas a la sala que sea competente para conocer del recurso de casación.

5. Criterios sobre recurribilidad y admisión

- 5410 Son de gran importancia los criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la LEC (adoptados por los magistrados de la Sala Primera del **Tribunal Supremo**, de fecha 12-12-00 y sobre todo, el acuerdo sobre criterios de **admisión de los recursos** de casación y extraordinario por infracción procesal de 30-12-11).

La parte principal de este Acuerdo se contiene en su primer epígrafe («I. Enumeración de las causas de inadmisión de los recursos»), en el que se enumeran, desarrolladas y debidamente sistematizadas, las **causas que determinan la inadmisión** del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal.

En los tres siguientes epígrafes se exponen y se justifican los **criterios** que la Sala Primera del Tribunal Supremo considera aplicables, de acuerdo con la LEC, para sustentar las causas de inadmisión que han sido enumeradas en el epígrafe anterior («II. Resoluciones recurribles», «III. Interés casacional», «IV. Motivos de recurso»).

En el último epígrafe («V. Derecho transitorio») se expone el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la **aplicación temporal de la modificación** introducida en la LEC en el régimen de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

#### 5412 Causas de inadmisión del recurso

Concurre una causa de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal o de alguno de sus **motivos**:

1. Cuando se interpone contra una sentencia de la audiencia provincial dictada a consecuencia de haberse estimado un recurso extraordinario por infracción procesal no se funde en **infracciones y cuestiones diferentes** de las que fueron objeto del primer recurso ( LEC art.467 ).

2. Cuando en el escrito de interposición no se justifique si la sentencia recurrida es susceptible de recurso de casación para la **tutela judicial civil de los derechos fundamentales**, por razón de la cuantía o por razón de interés casacional en los términos previstos para cada una de estas modalidades.

3. Cuando se interponga contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales y la **sentencia no sea susceptible de un recurso de casación** para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales ( LEC disp.final 16ª.1.2ª ).

4. Cuando se interponga contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella **recurso de casación por razón de la cuantía** y la sentencia no sea recurrible en casación por razón de la cuantía ( LEC disp.final 16ª.1.2ª ).

5. Cuando se interponga contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de **casación por razón de interés casacional** y no se formule conjuntamente un recurso de casación por razón de interés casacional ( LEC disp.final 16ª.1.2ª ).

6. Cuando se interponga contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación por razón de interés casacional y la **sentencia no sea recurrible en casación** por razón de interés casacional ( LEC disp.final 16ª.1.5ª.II ).

7. Cuando se interponga contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación por razón de interés casacional y el **presentado conjuntamente** no sea admitido ( LEC disp.final 16ª.1.5ª.II ).

8. Cuando, fuera de los casos anteriores, se interponga un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra una misma resolución y, **tramitándose conjuntamente**, la resolución recurrida no sea susceptible de recurso de casación ( LEC disp.final 16ª.1.5ª.I ).

5414 9. Cuando la parte recurrente **no se halle legitimada** para interponer el recurso por no afectarle desfavorablemente la resolución que se recurre ( LEC art.473.2.1º, en relación con el art.448.1 ).

10. Cuando concurren **defectos de forma no subsanables** -o no subsanado en el caso que se indica-, consistentes en:

- La falta de representación por procurador ( LEC art.23.1 ).
- La falta de asistencia de abogado ( LEC art.31.1 ).
- La interposición del recurso fuera de plazo -20 días desde el siguiente a la notificación de la sentencia- ( LEC art.470.1 ).
- La falta de constitución del depósito para recurrir, o de la debida subsanación de tal omisión ( LOPJ disp.adic.15ª ).
- La falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en la LEC art.449 .
- La falta de identificación en el escrito de interposición de cuál es la sentencia impugnada o su identificación de manera que dé lugar a confusión ( LEC art.470.1 ).

11. Cuando no se alegue **ninguno de los motivos** en los que puede basarse el recurso ( LEC art.470.2 , en relación con la LEC art.469.1 ).

12. Cuando se haya omitido el **deber de agotar todos los medios posibles** para la denuncia o subsanación de la infracción o el defecto procesal ( LEC art.470.2 , en relación con la LEC art.469.2 ).

En esta causa de inadmisión se incluye la **alegación de falta de motivación** ( LEC art.469.2 ), de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia recurrida si no se ha solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia ( LEC art.214 y 215 ).

13. Cuando **no se exponga razonadamente** la infracción o vulneración cometida o no se exprese de qué manera influyó en el resultado del proceso ( LEC art.471 ).



Se estima comprendida en esta causa de inadmisión la alegación en el escrito de interposición del recurso de **infracciones procesales** respecto de las cuales no se justifique que comportan una efectiva indefensión para la parte.

5415 **14.** Cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el **contenido del recurso** carezca manifiestamente de fundamento ( LEC art.473.2.2º ).

En esta causa de inadmisión se incluyen los motivos de recurso mediante los que se combate la **valoración de la prueba** hecha por la sentencia recurrida.

La **errónea valoración** de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo cuando, al amparo de la LEC art.469.1.4º , se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es **arbitraria, ilógica o absurda**, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental.

En esta causa de inadmisión se incluye la alegación de **falta de motivación**, de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia recurrida cuando lo que realmente se evidencie sea una **disconformidad de la parte recurrente** con los razonamientos de la sentencia impugnada.

**15.** Cuando se planteen **cuestiones sustantivas** -no procesales- propias del recurso de casación ( LEC art.473.2.1º , en relación con la LEC art.469.1 )

## 6. Presupuestos de recurribilidad

---

5418 Para que una resolución sea susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo deben concurrir los dos siguientes presupuestos:

**1º.** Que se trate de una sentencia **dictada en segunda instancia** por las audiencias provinciales en cualquier tipo de procedimiento civil ( LEC art.477.2 ) -por ello, en el escrito de interposición debe identificarse cuál es la sentencia impugnada ( LEC art.470.1 )-.

Están **excluidos** del recurso extraordinario por infracción procesal los autos, las demás resoluciones que no revisten forma de sentencia, las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelvan cuestiones incidentales.

**2º.** Que se dé uno de estos tres **supuestos**:

a) Sentencias a que se refiere la LEC art.477.2.1º **-tutela judicial civil de derechos fundamentales**, excepto los que reconoce la Const art.24 - ( LEC disp.final 16ª.1.2ª II ).

b) Sentencias a que se refiere la LEC art.477.1.2º **-cuantía del asunto superior a 600.000 euros-** ( LEC disp.final 16ª.1.2ª ).

c) Sentencia comprendida en la LEC art.477.1.3º **-interés casacional-** y se admita un recurso de casación interpuesto conjuntamente contra ella ( LEC disp.final 16ª.1.5ª II ).

## 5420 Supuestos concretos de irrecurribilidad

Se enumeran los siguientes:

1. **Declinatoria.** Son numerosos los autos de esta sala, recaídos en queja, que rechazan la recurribilidad en casación y por infracción procesal de las resoluciones dictadas en el procedimiento de la declinatoria ( TS auto 13-11-01, EDJ 52684 ; 4-12-01, EDJ 566020 ; 20-3-02, EDJ 7965 ; 17-9-02 ; 24-9-02 ; 15-10-02 ; 21-1-03 ).

2. En materia de **ejecución**. Se excluyen del recurso las sentencias recaídas en apelación, cuando la impugnada no puso fin a una verdadera primera instancia, sino a un **mero incidente** -oposición al despacho de ejecución- ( TS auto 30-3-04, EDJ 17352 ).

3. Tampoco el auto resolviendo en apelación sobre la sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje** ( TS auto 6-11-01, EDJ 98906 ).

4. **Costas.** La exclusión del recurso extraordinario por infracción procesal de la denuncia de vulneraciones de las normas reguladoras de las costas ( TS auto 8-3-05, EDJ 31382 ).

El TS niega la condición de sentencias de segunda instancia a las que resuelven un recurso de apelación contra la sentencia que decidió una **cuestión incidental** en relación con el juicio principal, cual es la impugnación de la tasación de costas ( TS auto 25-3-08, EDJ 77512 ).

**5422** El recurso extraordinario de infracción procesal es la vía para denunciar la existencia de **infracciones de naturaleza adjetiva**. En este sentido, hay que tener en cuenta que la finalidad del recurso consiste en controlar la **adecuada aplicación** de las cuestiones procesales entendidas en sentido amplio, por lo que en modo alguno se puede conocer en su seno de las cuestiones o controversias atinentes al fondo del asunto litigioso ( TS 5-5-11, EDJ 71304 ).

Así, este recurso es el instrumento procesal apto para **denunciar las infracciones procesales**, concepto que no debe quedar reducido a las que enumera la LEC art.416 bajo dicha denominación: - falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus respectivas clases; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio, inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en la petición que se deduzca-, sino que es comprensivo, también, de las normas referidas a la **legitimación**, en cuanto constituye un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar e, igualmente, de las que llevan a conformar la **base fáctica** de la pretensión, las disposiciones relativas a la **cosa juzgada**, tanto en su aspecto negativo o de eficacia de cosa juzgada material, como en su aspecto positivo o prejudicial, así como la infracción de normas relativas a **cuestiones probatorias** - como la vulneración de las reglas legales sobre valoración, apreciación o distribución de la carga de la prueba ( TSJ Cataluña 26-3-03, EDJ 8913 ; TS auto 8-9-08, EDJ 175223 ).

Para lograr la debida claridad, por razones de **congruencia y contradicción procesal**, tanto si se alega más de una infracción o vulneración de la misma naturaleza, como si se alegan varias de distinta naturaleza, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben ser numerados correlativamente. No cabe la cita de **preceptos heterogéneos** en un mismo motivo, ni la cita de preceptos de carácter genérico, que pueda comportar ambigüedad o indefinición.

Solo es admisible el recurso cuando la **infracción procesal** o la vulneración de la Const art.24 se haya denunciado en la instancia en que se produjo y se haya reproducido la denuncia en segunda instancia, si hubo lugar a ello. Si la infracción es **subsancable**, o si se alega la **falta de motivación** ( LEC art.469.2 ), la vulneración del principio de congruencia u otros vicios *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia recurrida, es necesario que se haya pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas o la aclaración, corrección o complemento de la sentencia - LEC art.214 y 215 - ( TS Acuerdo 30-12-11 ).

**5426** **Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional**

La infracción de las normas determinantes de la jurisdicción y de la competencia objetiva y funcional de los tribunales es motivo de recurso extraordinario por infracción procesal (respecto de las **normas sobre jurisdicción**, TS 27-5-09, EDJ 101663 ).

La ausencia de referencia expresa a la **competencia territorial** hace dudar sobre la procedencia de su alegación dentro de los motivos del recurso, si bien podría entenderse permitido a través de LEC art.67 (en este sentido TS 2-4-09, EDJ 50752 , que admite un recurso extraordinario por infracción procesal fundado en la vulneración de las normas sobre competencia territorial, aunque lo desestima en cuanto al fondo).

**5428** **Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia**

Debe fundarse el recurso en este motivo cuando se estime que la sentencia recurrida **no se ajusta** a cualquiera de las disposiciones reguladoras de su corrección procesal. Estas normas son las que integran la Sección 2ª del Capítulo VIII, Título V, Libro I de la LEC, que trata «de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos» - LEC art.216 a art.222 - ( TS 16-3-10, EDJ 31637 ).

Ahora bien, no todas las infracciones procesales son controlables a través del **recurso extraordinario**, ni en el régimen provisional regulado en LEC disp.final 16ª , ni siquiera en el más amplio del articulado de la Ley ( LEC art.468 s. ), que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia ( LEC disp.final 16ª.2 ).

Además, es imprescindible, aparte de la recurribilidad de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal sea incardinable en alguno de los **motivos tasados** en la LEC art.469.1 .

**5429**

### Precisiones

La aplicación de la LEC art.469.2 por parte del Tribunal Supremo nos permite identificar las siguientes pautas:  
**1) La valoración de la prueba** es función del juzgador de instancia y, dentro de su reducido ámbito, del tribunal de apelación; solo puede fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal en la vulneración de las normas en materia de prueba cuando su valoración por el órgano *a quo* haya sido completamente arbitraria e irracional, y jamás al amparo de este motivo. No es admisible ante el Tribunal Supremo el recurso basado en este motivo, ni siquiera

bajo el subterfugio de citar la Const art.120 relativo a la motivación de la sentencia. La LEC art.469 enumera como **numerus clausus** los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal, y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; solo en **caso excepcional** en que se diera una clara desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración de la Const art.24 , que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de **motivación de las sentencias** con la valoración de la prueba practicada en la instancia ( TS 2-7-09, EDJ 150917 ; 5-5-11, EDJ 71304 : la idea constante es que la valoración de la prueba no corresponde sino al tribunal a quo, y solo si hay una **equivocación patente**, o una arbitrariedad grosera, se puede entender que falta la tutela judicial efectiva).

2) Si el motivo se basa en la **incongruencia omisiva** de la sentencia, es preciso que el recurrente hubiera instado, en su momento, el complemento del fallo y que este hubiera sido denegado ( TSJ Cataluña 15-7-08, EDJ 372120 : el recurso extraordinario por infracción procesal constituye un último remedio, excepcional, que la LEC establece para suscitar cuestiones de naturaleza adjetiva; por ello le exige una constante diligencia a la parte para, durante el proceso, corregir, planteándolo a través de los medios a su alcance establecidos en cada momento del procedimiento, todas estas cuestiones, incluso después de las sentencias, y no se puede olvidar que la LEC art.215 permite, por vía de **subsunción y complemento**, corregir supuestos puntuales de incongruencia omisiva).

3) El recurso puede fundamentarse en la LEC art.469.12º , cuando se alegue la infracción de las normas por las que se regula la **carga de la prueba**, considerando como norma reguladora de la sentencia la LEC art.217 , dado su contenido y al estar incluido en la Ley procesal bajo el epígrafe «de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos» (TS Acuerdo 2/2006).

4) La inobservancia o el quebrantamiento de la LEC art.218 , en particular la **falta de motivación de la sentencia**, no constituye motivo del recurso de casación, sino del recurso extraordinario por infracción procesal, en cuanto integra vulneración de normas procesales reguladoras de la sentencia ( TSJ Navarra auto 25-1-05, EDJ 20126 ).

#### 5430 Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso

Se pretende con este motivo depurar los **vicios de naturaleza procesal** cometidos durante la sustanciación del procedimiento. Ahora bien, es imprescindible:

- que la infracción sea de tal entidad que determine la **nulidad** conforme a la ley, por afectar a principios, garantías o presupuestos del proceso;

- que la infracción cometida haya podido producir **indefensión**, correspondiendo al órgano judicial determinar en cada caso si el acto debe anularse por afectar al derecho de defensa. Se suele exigir la efectiva concurrencia de indefensión material, esto es, real y efectiva, y no meramente formal, que de un lado obliga a la parte que la alega a la debida diligencia, desterrando la pasividad, el desinterés, la desidia o la impericia, y de otro impone la presencia de un **resultado verdaderamente lesivo** para la plenitud de sus derechos de defensa, con auténtica limitación o menoscabo de ellos, siendo doctrina reiterada del TCo contenida en la TCo 52/1998 que no toda irregularidad u omisión procesal causa por sí misma la nulidad de actuaciones, ya que, como indica la TCo 217/1998 , el dato esencial es que tal irregularidad procesal haya supuesto una efectiva indefensión material, y, por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito ( TS auto 3-3-09, EDJ 23995 ).

#### 5432 Vulneración de derechos fundamentales con protección judicial

(Const art.24)

Las denuncias de vulneraciones de derechos fundamentales de naturaleza procesal deben hacerse por medio del **recurso extraordinario por infracción procesal**, en los términos que establece, ahora transitoriamente ( LEC disp.final 16ª ).

En relación con la aplicación práctica de la LEC art.469.1.4º hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Este motivo es el cauce adecuado para denunciar la indebida valoración de la prueba **por arbitrariedad**, irracionalidad manifiesta o **error patente**; el Tribunal Supremo concluyó que no cabe denunciar ante este órgano un mero error en la valoración probatoria, y menos todavía cuando no se utiliza el cauce excepcional de la LEC art.469.1.4º , que permitiría su verificación solo en el caso de existencia de error patente, arbitrariedad o irracionalidad ( TS 23-3-10, EDJ 21701 ).

b) Este cauce no se puede utilizar para conducir al Tribunal Supremo a una **nueva valoración de la prueba**: esto solo puede hacerse cuando se ha producido una apreciación probatoria tan aberrante que cae en la infracción del **derecho a la tutela judicial efectiva** que consagra la Const art.24 ( TS 6-5-10, EDJ 71260 ); lo que sucede, por ejemplo, cuando a la vista de los informes periciales se alcanza un resultado contrario del que se desprende razonablemente de su contenido ( TS 19-2-10, EDJ 12415 ).

En resumen, han de tenerse en cuenta los fundamentos siguientes en lo que a la **motivación** del recurso extraordinario por infracción procesal se refiere:

- al amparo de la LEC art.469.1.1º se han de invocar no solo las infracciones en materia de jurisdicción y competencia funcional y objetiva, sino también la vulneración de las normas en materia de **competencia territorial**;

- al amparo de la LEC art.469.1.2º se ha de invocar la infracción de las normas contenidas en la LEC art.216 a 222 , incluida la vulneración de las reglas que disciplinan la **carga de la prueba**; las demás infracciones en materia probatoria no son residenciables en este motivo;

- al amparo de la LEC art.469.1.3º solo cabe denunciar las infracciones de las normas propias de la sustanciación del proceso que provoquen **indefensión material**, esto es, real y efectiva;

- al amparo de la LEC art.469.1.4º se han de invocar las infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva que tengan **relevancia constitucional**; la conculcación de las normas en materia de práctica, apreciación y valoración de la prueba debe fundarse en este motivo, si bien es cierto que el recurso solo procederá cuando la aplicación de estas normas se haya producido con error, arbitrariedad o irracionalidad palmarias.

#### Precisiones

El procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia y ulteriores recursos extraordinarios. El examen pleno del material fáctico objeto del proceso, y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados determinados hechos controvertidos, corresponde a los tribunales de primera instancia y de apelación. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal **no** da paso a una **tercera instancia** en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio, pretendiendo su reinterpretación por el tribunal de casación y el replanteamiento general de la revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por esa razón, ninguno de los motivos que en relación cerrada enumera la LEC art.469 se refiere a la revisión de la base fáctica y la valoración de la prueba.

La **valoración de la prueba**, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque la Const art.24.1 por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, lo que impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, que se intente desvirtuar la apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el juzgado de primera instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación ( TS 22-12-14, EDJ 261491 ).

## B. Recurso de casación

(LEC art.477 a 489 )

5435	1. Requisitos	5436
	2. Procedimiento	5440
	3. Resoluciones recurribles	5445
	4. Recurso de casación por razón de interés casacional	5450
	5. Causas de inadmisión	5470
	6. Motivo del recurso	5485

### 1. Requisitos

5436 Con relación a este recurso, han de tenerse en consideración las siguientes cuestiones:

a) **Competencia.** Corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

No obstante, corresponde a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la comunidad, y cuando el correspondiente estatuto de autonomía haya previsto esta atribución.

b) **Resoluciones susceptibles** de recurso de casación ( LEC art.477.2 ). Son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las audiencias provinciales, en los siguientes casos:

1º. Cuando se dicten para la **tutela judicial civil de derechos fundamentales**, excepto los que reconoce la Const art.24 .

2º Cuando la **cuantía** del asunto exceda de 600.000 euros.

3º Cuando la resolución del recurso presente **interés casacional**.

Se considera que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida **se oponga a doctrina jurisprudencial** del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales o aplique normas que no lleven más de 5 años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba **conocer un tribunal superior de justicia**, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del tribunal superior sobre normas de Derecho especial de la comunidad autónoma correspondiente.

c) **Motivo**. El recurso de casación ha de fundarse, como motivo único, en la **infracción de normas** aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

d) **Plazo**. Es de 5 días.

## 2. Procedimiento

---

5440 Se siguen las siguientes fases:

**A.** Ante el tribunal «**a quo**». Se siguen las siguientes fases:

### I. Interposición del recurso

a) En el plazo de los 20 días ante el tribunal *a quo*.

b) Mediante escrito de interposición, en el que se expondrán, con la necesaria extensión, sus fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista.

c) Documentación que se acompaña:

- Certificación de la sentencia impugnada.
- Texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional. Tiempo de vigencia de la norma y e inexistencia de doctrina jurisprudencial.

**II. Admisión/Inadmisión.** El tribunal *a quo* admite o inadmite el recurso interpuesto.

**III. Remisión de los autos.** Por el letrado de la Administración de Justicia al tribunal *ad quem* con emplazamiento de las partes por término de 30 días.

5441 **B.** Ante el tribunal «**ad quem**»: Si el recurrente no comparece dentro del plazo señalado, el letrado de la Administración de Justicia declara desierto el recurso y queda firme la resolución recurrida.

**I. Examen de la competencia.** La sala examinará su competencia para conocer del recurso de casación, **antes de pronunciarse sobre la admisibilidad** del mismo:

1. Si no se considera competente, acordará, previa audiencia de las partes por plazo de 10 días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la sala que se estime competente en el plazo de 10 días.

2. Las salas de los tribunales superiores de justicia no podrán declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**II. Admisión/Inadmisión.** Recibidos los autos en el tribunal, se pasarán las actuaciones al magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación:

a) **Procede la inadmisión** del recurso de casación:

1. Si, pese a haberse tenido por preparado el recurso, este fuera improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier defecto de forma no subsanable en que se hubiese incurrido en la preparación.

2. Si el escrito de interposición del recurso no cumple los requisitos establecidos, para los distintos casos, en esta Ley.

3. Si el asunto no alcanza la cuantía requerida, o no existe interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de 5 años o, a juicio de la sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del tribunal superior de justicia sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar.

4. Si el recurso carece manifiestamente de fundamento o se hayan resuelto ya en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

b) La sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto mediante providencia la posible **causa de inadmisión** del recurso de casación a las partes personadas para que, en el plazo de 10 días, formulen las alegaciones que estimen procedentes.

c) Si la sala entiende que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto **declarando la inadmisión** del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida.

d) **Inadmisión parcial**: Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie.

e) Contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso de casación **no se dará recurso** alguno.

**5442 III. Admisión y oposición.** Admitido el recurso de casación, el letrado de la Administración de Justicia dará **traslado del escrito de interposición**, con sus documentos adjuntos, a la parte o partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de 20 días y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista.

En el escrito de oposición también se podrán alegar las **causas de inadmisibilidad** del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal.

**IV. Vista.** Si **todas las partes** hubieran solicitado la celebración de vista el letrado de la Administración de Justicia señalará **día y hora** para su celebración.

De igual modo se procederá cuando el **tribunal** hubiera resuelto, mediante providencia, por considerarlo conveniente para la mejor impartición de justicia, la celebración de dicho acto.

En caso contrario, la sala señalará día y hora para la votación y fallo del recurso de casación.

La vista comenzará con el **informe** de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueran varias las **partes recurrentes**, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias.

**5443 V. Sentencia.** Dentro de los 20 días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo.

- Si **se estima**. Pueden darse dos supuestos: **a)** En los procesos sobre **tutela judicial de derechos fundamentales** y en los procesos cuya **cuantía exceda de 600.000 euros**, la sentencia que ponga fin al recurso de casación casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida y resolverá conforme a derecho. **b)** Cuando se funda en **interés casacional**, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiera producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. Los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieran invocado.
- Si **se desestima**: confirmará la sentencia que se impugnó, devolviendo todos los autos al tribunal del que procedieran.

### 3. Resoluciones recurribles

---

**5445** Para que una resolución sea recurrible en casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo deben concurrir los siguientes presupuestos:

**1º.** Que se trate de una sentencia **dictada en segunda instancia** por una audiencia provincial ( LEC art.477.2 ) - por ello, al escrito de interposición del recurso debe acompañarse certificación de la sentencia impugnada ( LEC art.481.2 )-.

Están **excluidos** del recurso de casación los autos, las demás resoluciones que no revisten forma de sentencia, las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelvan cuestiones incidentales.

Son recurribles en casación los autos dictados en procesos sobre **reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras** resueltos al amparo del Convenio de Bruselas de 27-12-1968 y del Convenio de Lugano de 16-9-1988 (artículos 37.2 y 41), de los Rgto CE/1347/2000 y Rgto CE/44/2001 , y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento.

**5446 2º.** Que concurren los **supuestos propios** de una de las tres **modalidades del recurso de casación** por razón de la cual se interponga este.

La parte recurrente debe indicar necesariamente en el escrito de interposición la modalidad de recurso por razón de la cual se formula. Por razones de congruencia y contradicción procesal no cabe indicar más de **una modalidad en un mismo recurso**.

Estas modalidades son las siguientes:

- Recurso de casación para la **tutela judicial civil de derechos fundamentales**. Concorre el supuesto propio de esta modalidad de recurso de casación cuando el proceso en que se dicte la sentencia se haya seguido para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce la Const art.24 ( LEC art.477.2.1º ).
- Recurso de casación **por razón de la cuantía**. Concorre el supuesto propio de esta modalidad de recurso de casación cuando la sentencia se haya dictado en un proceso cuya cuantía exceda de 600.000 euros ( LEC art.477.2.2º ).

#### 5447 Exclusiones

Se excluyen de esta modalidad de recurso de casación las siguientes resoluciones:

- a) Las dictadas en procesos cuya **cuantía sea indeterminada o inestimable**.
- b) Las dictadas en procesos en que las **partes hayan aceptado** implícita o explícitamente que la cuantía del asunto haya permanecido como indeterminada o inestimable sin que exista resolución en contrario.
- c) Las dictadas en los procesos que se hayan tramitado para la **tutela judicial civil** de derechos fundamentales o por razón de la materia.

Están excluidas del recurso de casación las sentencias dictadas en asuntos tramitados por razón de la cuantía en los que el **recurso de apelación** no debió ser admitido por no superar los 3.000 euros.

En los casos en que la cuantía discutida **en apelación sea más reducida** que la discutida en primera instancia, esta debe tomarse en cuenta, en igualdad para ambas partes, de tal manera que el recurso de casación por razón de la cuantía no es admisible en los procesos tramitados por esta vía si el objeto litigioso se redujo a una cifra que no exceda de 600.000 euros.

No cabe otra modalidad de recurso de casación cuando la cuantía del proceso tramitado por razón de la cuantía **exceda de 600.000 euros**, salvo que sea indeterminada o inestimable, o las partes hayan aceptado implícita o explícitamente que la cuantía del asunto haya permanecido como indeterminada o inestimable sin que exista resolución en contrario.

#### 4. Recurso de casación por razón de interés casacional

---

5450 Concorre el supuesto de esta modalidad de recurso cuando la resolución del recurso de casación presente interés casacional. Es necesario que la **cuantía del proceso** no exceda de 600.000 euros o sea indeterminada o inestimable o que aquel se haya tramitado por razón de la materia ( LEC art.477.2.3º ) y no para la tutela judicial civil de derechos fundamentales.

El recurso por razón de interés casacional cabe, no solo cuando se interponga contra sentencias dictadas en los asuntos tramitados por razón de la cuantía -si esta no excede de la que fija la LEC o si es indeterminada o inestimable-, sino también contra resoluciones dictadas en procesos seguidos **por razón de la materia**, entre las cuales -además de las dictadas en los procesos a que se refiere la LEC art.249.1 y 250.1 - figuran las siguientes:

- las sentencias que pongan fin a la segunda instancia en los **procesos especiales** del Libro IV de la LEC;
- las sentencias que, con arreglo a la **Ley Concursal**, tengan acceso al recurso de casación;
- los autos dictados en procesos sobre **reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras** resueltos al amparo del Convenio de Bruselas de 27-12-1968 y del Convenio de Lugano de 16-9-1988 (art.37.2 y 41 ), de los Rgto CE/1347/2000 y Rgto CE/44/2001 , y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento.

El Acuerdo de la Sala Primera del TS 12-12-00 desarrolló el concepto de **interés casacional** tipificado en el LEC art.477.3 . Este precepto permanece en vigor tras la L 37/2011 . En el presente Acuerdo se desarrolla este concepto y se exponen los **elementos** que pueden integrarlo conforme al Acuerdo de la Sala Primera del TS 12-12-00 y con arreglo a la experiencia en su aplicación con el fin de lograr la **máxima claridad** en el conocimiento de los criterios seguidos por esta sala.

El recurso de casación por razón de interés casacional va encaminado a la **fijación de la doctrina** que se estima correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida frente a otras sentencias de audiencias provinciales o en contra del criterio de la jurisprudencia, o cuando no existe jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de 5 años en vigor ( LEC art.487.3 ). Como consecuencia de ello, como requisito general, el escrito de interposición del recurso de casación por razón de interés casacional debe expresar con claridad en el encabezamiento o formulación del motivo la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se fije o se declare infringida o desconocida.

Además de este requisito general, de carácter formal, para que el recurso de casación por razón de interés casacional sea admisible **debe concurrir alguno de los elementos** que pueden integrarlo. Por razones de congruencia y contradicción procesal la parte recurrente debe indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo **en cuál de ellos se funda** la admisibilidad del recurso interpuesto. Estos elementos son los siguientes:

- oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (nº 5454 );
- jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre cuestiones resueltas por la sentencia recurrida (nº 5460 );
- aplicación por la sentencia recurrida de normas que no lleven más de 5 años en vigor (nº 5466 ).

#### 5454 Oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo

La justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia de este elemento corresponde a la **parte recurrente**.

El **concepto de jurisprudencia** comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen **dos o más sentencias** de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas.

La **doctrina** mantenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación **no tiene carácter jurisprudencial** cuando exista otra formulada en sentencias más recientes que se alejen de ella.

No obstante, no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un **supuesto fáctico idéntico** al resuelto en la sentencia recurrida. En todo caso, la parte recurrente debe justificar que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia.

#### 5456 Inadmisibilidad de esta modalidad

No es admisible esta modalidad de recurso cuando:

- a) La **alegación de oposición** a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo **carezca de consecuencias** para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.
- b) El criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las **circunstancias fácticas** de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes.
- c) La aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo pueda llevar a una **modificación del fallo** recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la AP considere probados;
- d) Cuando concorra cualquier otra **circunstancia análoga** que implique la inexistencia de interés casacional.

#### 5458 Excepciones

Las reglas anteriores sufren dos excepciones:

- a) Cuando se trate de **sentencias del Pleno** de la Sala Primera del Tribunal Supremo o de sentencias dictadas **fijando doctrina** por razón de interés casacional. En estos casos basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.
- b) Cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la **parte recurrente** justifique debidamente la **necesidad de modificar la jurisprudencia** en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

Esta última excepción tiene el **carácter extraordinario** que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no es admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no aprecie la posibilidad razonable de que deba ser modificada la jurisprudencia.

El interés casacional en el supuesto de este apartado 1 es independiente del **tiempo de vigencia** de la norma aplicada por la sentencia recurrida.

Los criterios contenidos en este apartado 1 son aplicables al recurso de casación **por razón de la cuantía** en lo que resulte procedente en relación con la infracción de norma legal o jurisprudencia aplicable según su respectiva naturaleza.

#### 5460 Jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre cuestiones resueltas por la sentencia recurrida

La justificación de la concurrencia de este elemento corresponde a la parte recurrente.

El concepto de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales comporta la existencia de **criterios dispares** entre secciones de audiencias mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, tiene que acreditarse que existen **soluciones diferentes para**



**el mismo problema** por parte de distintas audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema.

La parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la **contradicción** que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada.

Debe invocar **al menos dos sentencias** dictadas por una misma sección de una audiencia provincial en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma sección de una audiencia provincial, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario. En uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida. Este requisito se flexibilizará cuando el elevado número de secciones de una audiencia provincial dificulte objetivamente su cumplimiento. No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre audiencias provinciales mediante la cita de sentencias contrapuestas

#### 5462 Inadmisibilidad del recurso

No es admisible el recurso en el que se invoque este elemento cuando:

- a) Exista jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre el problema jurídico planteado.
- b) Se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una audiencia provincial en las que se decida colegiadamente en un sentido.
- c) Se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una audiencia provincial, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario.
- d) En el primer grupo o en el segundo no figure la sentencia recurrida.
- e) La contradicción entre las sentencias invocadas carezca de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.
- f) El criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes.
- g) La aplicación de la jurisprudencia invocada como contradictoria solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la audiencia provincial considere probados en la sentencia recurrida.
- h) Concurra cualquier otra circunstancia análoga que implique la inexistencia de interés casacional.

#### 5464 Excepciones

Las reglas anteriores sufren una excepción:

Es admisible el recurso de casación cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, conste de manera notoria la existencia de **jurisprudencia contradictoria** de las audiencias provinciales sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el **problema jurídico** haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre audiencias provinciales mediante la cita de sentencias contrapuestas.

#### 5466 Aplicación por la sentencia recurrida de normas que no lleven más de 5 años en vigor

Es necesario, en este caso, justificar que no existe **doctrina jurisprudencial** del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Para justificar la concurrencia de este elemento, la parte recurrente ha de **identificar el problema jurídico** sobre el que no exista jurisprudencia y que haya sido resuelto o debiera haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de 5 años de vigencia.

El **cómputo** de los 5 años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor y como *dies ad quem* la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento.

### 5. Causas de inadmisión

---

5470 Son causas de inadmisión del recurso de casación las recogidas en el Acuerdo TS Pleno no jurisdiccional 27-1-2017, EDJ 5345 .

#### 5472 Comunes con el recurso extraordinario por infracción procesal

Son causas de inadmisión del recurso de casación comunes con el recurso extraordinario por infracción procesal:

- a) No reunir la resolución de que se trate los requisitos establecidos para ser **recurrible**.
- b) Falta de **postulación** (LEC art.23 y 31 ).
- c) Interposición de los recursos fuera de **plazo** (LEC art.470.1 y 479.1 ).
- d) Falta de constitución del **depósito para recurrir** o de la debida subsanación de tal omisión ( LOPJ disp.adic.15ª ).
- e) Falta de cumplimiento de los **presupuestos** para recurrir en los casos especiales previstos en LEC art.449 .
- f) Inexistencia de **gravamen** para recurrir ( LEC art.473.2.1 , en relación con LEC art.448.1 ).
- g) Incumplimiento de los requisitos del **encabezamiento de los motivos** (LEC art.473.2 y 483.2 ).
- h) Incumplimiento de los requisitos de **desarrollo de los motivos** (LEC art.473.2 y 483.2 ).
- i) **Discordancia** entre el encabezamiento y el desarrollo de los motivos (LEC art.473.2 y 483.2 ).
- j) Formulación del recurso con manifiesto **abuso del derecho** o cuando entrañe **fraude procesal** ( LOPJ art.11.2 ).
- k) Carencia manifiesta de **fundamento** (LEC art.473.2.2 y 483.2.4º ).

La **verificación de las causas a) a f)** corresponde, en primer término, a la audiencia provincial ante la que se interponga el recurso.

#### 5474 Exclusivas del recurso de casación

Son causas de inadmisión exclusivamente del recurso de casación:

**1. La carencia manifiesta de fundamento** ( LEC art.483.2.4º ). A modo de ejemplo se consideran **supuestos** de carencia manifiesta de fundamento los siguientes:

- a) La alteración de la base fáctica de la sentencia.
- b) El planteamiento de cuestiones nuevas.
- c) Plantear cuestiones que no afecten a la *ratio decidendi* de la sentencia -rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida-.
- d) Impugnar la interpretación del contrato sin atenerse a los requisitos establecidos por la jurisprudencia para el acceso al recurso de casación -ser la interpretación arbitraria, irrazonable, ilógica o contraria a un precepto legal-.
- e) La petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, esto es, formular una impugnación dando por sentado lo que falta por demostrar.
- f) La falta de efecto útil del motivo.
- g) La falta de concreción en el desarrollo argumental.
- h) La mezcla de cuestiones heterogéneas.
- i) La falta de identificación de la infracción alegada.

**2. La resolución de otros recursos sustancialmente iguales en sentido contrario** al pretendido por el recurrente ( LEC art.483.2.4º ). El carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial puede tomarse en consideración para resolver sobre las costas.

**3. La interposición de un recurso de casación contra la misma sentencia ante un tribunal superior de justicia** ( LEC art.478.2 ).

**4. En el recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales:** no haberse dictado la sentencia recurrida en un proceso de tutela judicial civil de los derechos fundamentales ( LEC art.477.2.1 en relación con LEC art.249.1.2º ).

**5. En el recurso de casación por razón de la cuantía:** la insuficiencia de la cuantía del asunto, por no ser superior a 600.000 €, ser indeterminada o inestimable o haber aceptado las partes implícita o explícitamente que la cuantía del asunto haya permanecido como indeterminada o inestimable sin que exista resolución en contrario ( LEC art.477.2.2º ).

**6. En el recurso de casación por razón de interés casacional,** la falta de acreditación del interés casacional ( LEC art.483.2.3º ).

#### 6. Motivo del recurso

5485 El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de **normas aplicables** para resolver las cuestiones objeto del proceso. Este motivo es **único o exclusivo**, en el sentido de que el recurso de casación, en cualquiera de sus modalidades, no puede ampararse en causas ajenas a la infracción de aquellas normas. No debe confundirse, sin embargo, el carácter único del motivo con la imposibilidad de **alegar diversas infracciones** en un mismo recurso. Por ello, para lograr la debida claridad, por razones de congruencia y contradicción procesal, debe citarse con **claridad y precisión** la norma, jurisprudencia o principio general del Derecho que se consideren infringidos. Cuando se alegue **más de una infracción**, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben ser numerados correlativamente. Por la misma razón, cuando comporte **ambigüedad o indefinición**, no cabe la cita de un precepto seguido de fórmulas tales como «y siguientes», «concordantes» o similares para señalar la infracción legal que se considere cometida. Tampoco cabe la cita de **preceptos heterogéneos** en un mismo motivo, ni la cita de preceptos de carácter genérico que pueda comportar ambigüedad o indefinición.

La infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser **relevante para el fallo**, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

### C. Recurso en interés de la Ley

(LEC art.490 a 493 )

5488 Se prevé para la **unidad** de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia sostuvieran **criterios discrepantes** sobre la interpretación de normas procesales, pero hasta que no se atribuya dicha competencia a los tribunales superiores de justicia queda **en suspenso** su aplicación por la LEC disp.final 16ª.2 .

## III. Medios de rescisión de sentencias firmes

5490	A. Audiencia al demandado rebelde	5492
	B. Revisión de sentencias firmes	5505

### A. Audiencia al demandado rebelde

(LEC art.496 a 508 )

5492 El Tribunal Constitucional ha señalado al efecto que el recurso de audiencia ofrece un cauce adecuado para que los tribunales del orden jurisdiccional competente conozcan y resuelvan sobre las **eventuales indefensiones** ocasionadas en sus juicios, permitiendo a los órganos jurisdiccionales remediar aquellas situaciones de indefensión contrarias a la Const art.24 , cuando el **vicio determinante de inconstitucionalidad** es detectado después de que la sentencia deviene firme y, por ende, intangible a través de los recursos de apelación suplicación o casación, siendo preciso interpretar las normas procesales que integran alguna **vía rescisoria** de sentencias firmes, en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales, singularmente el derecho a no padecer indefensión imputable a un tribunal de justicia ( TCo 185/1990 ; 186/1991 ; 8/1993 ; 183/1993 ; 310/1993 ).

5494

#### Precisiones

1) La jurisprudencia establece una distinción clásica entre la **rebeldía por convicción**, estado en el que se encuentra quien no comparece por estimar incompetente al tribunal, la rebeldía **a la fuerza**, por falta de citación, y la rebeldía **por conveniencia**, propia de quien no obstante haber sido citado y emplazado en forma, y conociendo la existencia del procedimiento, no acude ante el tribunal que le convoca ( TS auto 28-12-99, EDJ 87267 ).

2) Nuestro ordenamiento procesal arbitra varios cauces para que el demandado rebelde pueda ejercer sus **derechos de audiencia y oposición**:

a) Cuando el interesado tiene conocimiento de la sentencia que perjudica a sus derechos, sin haber tenido una oportunidad real de ser oído por el tribunal que la ha dictado, debe intentar el recurso de **apelación** o de **casación** que proceda, si tiene plazo para ello ( TCo auto 324/1997 );

b) Cuando la falta o los defectos de emplazamiento han sido causados por maquinaciones de la parte contraria, procede pedir la **revisión** de la sentencia injustamente ganada; y

c) En defecto a los cauces anteriores, puede pedirse la **rescisión** de la sentencia que haya ganado firmeza en rebeldía del demandado.

5496 Con relación a este recurso, han de tenerse en consideración las siguientes cuestiones:

- a) **Competencia:** el órgano competente es el tribunal que dictó la sentencia firme a rescindir.
- b) **Legitimación:** los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiera dictado, la rescisión de la sentencia firme en los casos siguientes:
  - De **fuerza mayor ininterrumpida**, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.
  - De **desconocimiento de la demanda y del pleito**, cuando la citación o emplazamiento se hubieran practicado por cédula, a tenor de la LEC art.161 , pero esta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable.
  - De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el **demandado** rebelde haya sido **citado o emplazado por edictos** y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la comunidad autónoma, en cuyos boletines oficiales se hubiesen publicado aquellos.

## 2. Procedimiento

---

5500 La rescisión de sentencia firme a instancia del demandado rebelde solo procede si se solicita dentro de los **plazos** siguientes:

1. De **20 días**, a partir de la notificación de la sentencia firme, si dicha notificación se hubiera practicado personalmente.
2. De **4 meses**, a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, si esta no se notificó personalmente.

Los plazos a que se refiere el apartado anterior podrán **prolongarse**, conforme a la LEC art.134.2º , si subsistiera la **fuerza mayor** que hubiera impedido al rebelde la comparecencia, pero sin que en ningún caso quepa ejercitar la acción de rescisión una vez transcurridos 16 meses desde la notificación de la sentencia.

**No** procederá la **rescisión de las sentencias firmes** que, por disposición legal, carezcan de efectos de cosa juzgada.

Las demandas de rescisión de sentencias firmes dictadas **en rebeldía** no suspenderán su ejecución, salvo lo dispuesto en la LEC art.566 .

La pretensión del demandado rebelde de que se rescinda una sentencia firme se sustanciará por los **trámites** establecidos para el **juicio ordinario**, que podrá ser iniciado por quienes hayan sido parte en el proceso.

Celebrado el juicio, en el que se practicará la **prueba** pertinente sobre las causas que justifican la rescisión, resolverá sobre ella el tribunal mediante sentencia, que **no** será susceptible de **recurso** alguno.

A instancia de parte, el tribunal de la ejecución deberá acordar la **suspensión de la ejecución** de la sentencia rescindida, si, conforme a lo previsto en la LEC art.566 , no hubiera ya decretado la suspensión.

En cuanto a las **costas**, cuando se declare no haber lugar a la rescisión solicitada por el litigante condenado en rebeldía, se impondrán a este todas las costas del procedimiento. Si se dictara sentencia estimando procedente la rescisión, no se impondrán las costas a ninguno de los litigantes, salvo que el tribunal aprecie temeridad en alguno de ellos.

### 5502 Sustanciación del procedimiento tras la sentencia estimatoria

Estimada la pretensión del demandado rebelde, se remitirá **certificación** de la sentencia que estime procedente la rescisión al **tribunal** que hubiera conocido del asunto **en primera instancia** y, ante él, se procederá conforme a las reglas siguientes:

1. Se entregarán los **autos** por 10 días al demandado para que pueda exponer y pedir lo que a su derecho convenga, en la forma prevenida para la contestación a la demanda.
2. De lo que se expusiera y pidiera **se conferirá traslado** por otros 10 días a la parte contraria, entregándole las copias de los escritos y documentos.
3. En adelante, se seguirán los trámites del **juicio declarativo** que corresponda, hasta dictar la sentencia que proceda, contra la que podrán interponerse los recursos previstos en esta Ley.

No será necesario remitir al tribunal de primera instancia la **certificación** a que se refiere el apartado anterior si dicho tribunal hubiera sido el que estimó procedente la rescisión.

Si el demandado no formulase **alegaciones y peticiones** en el trámite al que acabamos de referirnos, se entenderá que renuncia a ser oído y se dictará nueva sentencia en los mismos términos que la rescindida.

Contra esta sentencia **no** se dará **recurso alguno**.

## B. Revisión de sentencias firmes

(LEC art.509 a 513 , 514 , 515 y 516 )

5505 Con relación a este recurso, han de tenerse en consideración las siguientes cuestiones:

### 1. Requisitos

---

5506 Han de tenerse en cuenta:

a) **Competencia**. Se atribuye a:

- La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
- Las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, cuando la sentencia se hubiera dictado por órganos judiciales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, en materia de Derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, si el correspondiente estatuto de autonomía ha previsto esta atribución.

b) Resoluciones **susceptibles de revisión**. Han de ser sentencias firmes.

c) **Motivos**. Procede por los siguientes:

- Si después de pronunciada, se recobraran u obtuvieran **documentos decisivos**, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado.
- Si hubiera recaído en virtud de **documentos** que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido **declarados falsos** en un proceso penal, o cuya falsedad declarara después penalmente.
- Si hubiera recaído en virtud de **prueba testifical o pericial**, y los testigos o los peritos hubieran sido condenados por **falso testimonio** dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- Si se hubiera **ganado injustamente** en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.
- Contra una resolución judicial firme cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en **violación** de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los **Derechos Humanos** y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

d) **Legitimación activa**. Puede solicitar la revisión quien haya sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada. En el supuesto de **sentencia del TEDH**, la revisión solo puede ser solicitada por quien haya sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

e) **Plazo de interposición**: Puede interponerse en el plazo de:

- 5 años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar.
- Dentro del plazo señalado en el apartado anterior, se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido 3 meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiera reconocido o declarado la falsedad.
- Un año desde que adquiera firmeza la sentencia del TEDH.

### 2. Procedimiento

---

5510 Las fases por las que se sustancia son las siguientes:

1. **Juicio rescindente**. Comprende:

a) **Demanda** (se debe acreditar el pago del depósito).

b) **Sustanciación**. Se tramita conforme a las siguientes fases:

- Presentada y admitida la demanda de revisión, el letrado de la Administración de Justicia solicitará que se **remitan al tribunal** todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne, y emplazará a cuantos en él hubieran litigado, o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de 20 días contesten a la demanda, sosteniendo lo que convenga a su derecho.
- Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo hecho, el letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes a una **vista** ( LEC art.440 s. ).

- En todo caso, el **Ministerio Fiscal** deberá **informar** sobre la revisión antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda.
- Si se suscitan **cuestiones prejudiciales penales** durante la tramitación de la revisión, se aplicarán las normas generales
- Las demandas de revisión **no suspenden la ejecución** de las sentencias firmes que las motiven, salvo lo dispuesto en la LEC art.566 .

c) **Decisión.** Si el tribunal desestima la revisión solicitada, se condenará en **costas** al demandante y perderá el depósito que haya realizado.

Si el **tribunal estima** procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindirá la sentencia impugnada. A continuación mandará expedir certificación del fallo, y devolverá los autos al tribunal del que procedan

5512 2. **Juicio rescisorio.** Las partes pueden usar de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. En este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión.

3. **Recursos.** Contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno.

## | SECCIÓN 10

# Ejecución

5525	I. Acciones y títulos ejecutivos	5528
	II. Jurisdicción y competencia	5554

5526 La actividad del órgano jurisdiccional se desarrolla a través del proceso de declaración y el de ejecución. Este último produce la puesta en práctica del **fallo declarativo** que gana eficacia por medio de la ejecución.

El **inicio** del proceso de ejecución es la existencia de una previa resolución judicial dictada tras el desarrollo de un proceso declarativo, con todas las garantías sustanciales y procedimentales, que tenga la condición de ejecutable de acuerdo con la Ley.

Se denomina **ejecución forzosa** al proceso que tiene por objeto promover una actuación jurisdiccional consistente en un conjunto de actuaciones materiales destinadas a obtener la transmisión de bienes o elementos del patrimonio del deudor al del acreedor, quién debe enriquecerse en cuantía de la prestación debida y no satisfecha.

La L 13/2009 atribuye a los **letrados de la administración de justicia** las funciones en materia de ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a jueces y magistrados.

### Precisiones

Para un estudio detallado de la ejecución **provisional** y de la ejecución **forzosa**, ver nº 7000 s. Memento Procesal Civil 2018 nº 7200 s. Memento Procesal Civil 2018. Se recomienda, igualmente, la consulta de los **Formularios Prácticos Proceso Civil**.

## I. Acciones y títulos ejecutivos

5528	1. Clases de pretensiones ejecutivas	5530
	2. Acumulación de ejecuciones	5532
	3. Caducidad de la pretensión ejecutiva	5538
	4. Títulos ejecutivos	5542

### 1. Clases de pretensiones ejecutivas

5530 La pretensión de ejecución de una sentencia judicial firme puede ser:

- de entrega;
- de hacer;
- de no hacer;
- de emitir declaración de voluntad; y
- de liquidación de daños y perjuicios, frutos, rentas y rendición de cuentas de una administración.

### 2. Acumulación de ejecuciones

**5532** Puede procederse a acumular diversas ejecuciones en los siguientes supuestos:

- a) Cuando estén pendientes varias ejecuciones entre el **mismo acreedor ejecutante y mismo deudor ejecutado**.
  - A instancia de cualquiera de las partes (ejecutante y ejecutado).
  - El juez debe acordarla preceptivamente.
- b) Cuando están pendientes varias ejecuciones **frente al mismo ejecutado**.
  - A instancia de cualquiera de los ejecutantes.
  - Se acuerda si el juez que conoce del más antiguo lo considera conveniente (facultativamente).

#### **5534** Requisitos

Para que puedan acumularse las acciones es preciso el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Dos o más procesos de ejecución pendientes ante el mismo o diferentes juzgados.
- b) Instancia de parte, no puede acordarse la acumulación de oficio.
- c) Identidad subjetiva; identidad total de partes en el supuesto de la LEC art.555.1 e identidad de la persona del deudor en el que contempla la LEC art.555.2 (nº 5532 ).
- d) Identidad en la naturaleza de las actuaciones ejecutivas; (no parece posible, por la diversidad de trámites procedimentales, la acumulación de una ejecución dineraria con otra no dineraria aunque exista identidad de partes).

#### **5536** Otras cuestiones

En lo que se refiere al **momento procesal** oportuno para solicitar la acumulación, este se produce desde que se haya dictado el auto firme despachando ejecución, y hasta el momento en que se produzca el total cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en los títulos que dan lugar a la misma.

La **competencia** para conocer de la acumulación corresponde al juzgado que conoce de las ejecuciones a acumular, y si están sustanciándose ante distintos juzgados, el que conozca de la más antigua.

En cuanto al **procedimiento**, son de aplicación los preceptos generales de la acumulación de procesos contenidos en LEC art.74 s.

### **3. Caducidad de la pretensión ejecutiva**

(LEC art.518)

---

**5538** El plazo de caducidad varía dependiendo de si el título ejecutivo es o no judicial.

#### **1. Fundada en títulos judiciales:**

a) La **demanda ejecutiva** fundada en títulos judiciales debe interponerse en plazo de caducidad de 5 años, desde la firmeza de las siguientes resoluciones:

- sentencias;
- laudos arbitrales y acuerdo de mediación;
- otras resoluciones judiciales por las que se aprueba una transacción o acuerdo alcanzado en el proceso.

b) El **cómputo del plazo** de caducidad empieza a correr desde la firmeza de la sentencia.

**2. Fundada en títulos no judiciales:** El plazo de caducidad expuesto anteriormente, no es de aplicación a otros títulos (a los que hace referencia la LEC art.517.2 que conllevan aparejada ejecución y que no son títulos judiciales).

**3. Plazo de cortesía o de espera** ( LEC art.548 ). Es de 20 días en títulos judiciales, arbitrales, mediación, transacciones.

#### **5540** Caducidad de la acción ejecutiva iniciada

(LEC art.239 y 570 )

No se produce la caducidad de la instancia ejecutiva, una vez iniciada esta, aunque se **paralice la fase ejecutiva** durante los plazos que señala la LEC art.237 .

La ejecución forzosa iniciada solo **termina** con la completa satisfacción del ejecutante.

### **4. Títulos ejecutivos**

5542 La LEC distingue entre títulos:

- judiciales o asimilados (nº 5544 s. );
- no judiciales (nº 5552 s. ); y
- extranjeros (nº 5554 ).

a. **Judiciales o asimilados**

5544 Además de los **acuerdos de mediación** ( L 5/2012 art. 25 s.) , la LEC art.517.2 contempla los siguientes supuestos:

5545 **Sentencias de condena firmes**

(LEC art.517.2 1º)

Debe tenerse en consideración lo siguiente:

a) Debe tratarse de **sentencias de condena** consistentes en:

- la entrega de alguna cosa (ejecución no dineraria de dar);
- la entrega de una cantidad de dinero (ejecución dineraria);
- la realización de una obligación de hacer (ejecución de hacer que a su vez puede ser personalísimo y no personalísimo);
- la realización de una obligación de no hacer (ejecución de no hacer);
- la determinación del equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o la fijación de la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios, de frutos o rentas, utilidades, o el saldo resultante de una rendición de cuentas.

b) **No cabe la ejecución forzosa** de sentencias declarativas ni constitutivas pero cuando la sentencia contiene pronunciamientos de condena y meramente declarativos o constitutivos, aquellos sí serán ejecutables ( LEC art.521.1 y 3 ).

c) Tratándose del pago de una **cantidad de dinero**, es necesario contar con sentencias de condena de una cantidad líquida, desaparecen de este modo de nuestro ordenamiento las sentencias ilíquidas, en las que se reservaba la determinación de las cantidades para la fase de ejecución ( LEC art.209.4 y 219.3 ).

d) También puede solicitarse la **condena de futuro** de los intereses o prestaciones periódicas que se devenguen con posterioridad a haberse dictado la resolución ( LEC art.578 ).

5547 **Resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso**

(LEC art.517.2.3º)

Se trata de:

- a) Convenios alcanzados en **actos de conciliación** previos al proceso ( LJV art.147 ).
- b) Convenios alcanzados en la **audiencia previa** del juicio ordinario ( LEC art.415 y 428 ) o en cualquier momento del proceso ( LEC art.19.3 ).
- c) Resoluciones por las que se **homologue** una transacción judicial ( CC art.1816 ).

5548 **Laudos o resoluciones arbitrales firmes**

(LEC art.517.2.2º)

Pueden englobarse tanto los laudos dictados **en derecho** como los dictados **en equidad**.

También arbitrajes **especiales** o laudos **arbitrales extranjeros** que reúnan los requisitos legales.

Debe tratarse de laudos con **pronunciamientos condenatorios**.

Pueden ejecutarse igualmente los pronunciamientos a los que se llega durante el desarrollo de un arbitraje y que sean resultado del **acuerdo de las partes** poniendo fin al mismo.

Deben ser **laudos firmes**, bien porque ha transcurrido el plazo para interponer el recurso de anulación (10 días) sin haberlo hecho, o cuando una vez interpuesto este, ha sido desestimado ( L 60/2003 art.44 ).

5550 **Demás resoluciones judiciales y documentos que lleven aparejada ejecución**



Debe distinguirse entre las resoluciones cuya ejecución se fija por la LEC vigente, y las que se ejecutan conforme a la LJV.

**a) Por disposiciones de la LEC.**

- Autos que recojan pretensiones objeto de allanamiento parcial ( LEC art.21.2 ).
- Jura de cuentas y reclamaciones de honorarios de abogados y de procuradores no impugnadas ni pagadas ( LEC art.34.3 y 35.3 ).
- Resoluciones aprobando las tasaciones de costas ( LEC art.242.1 ).
- Autos que resuelvan sobre las impugnaciones de tasaciones de costas ( LEC art.246 ).
- Autos fijando indemnizaciones a testigos ( LEC art.375.2 ).
- Auto señalando la indemnización por la falta de presentación de demanda tras la solicitud de medidas cautelares ( LEC art.730.2 ).
- Auto señalando la cantidad la indemnización que debe satisfacer el solicitante de la medida cautelar revocada ( LEC art.742 ).
- Juicio monitorio; cuando no se produce el pago o la oposición en el plazo de 20 días desde el requerimiento de pago conllevará auto despachando ejecución ( LEC art.816.1 y 2 ).
- Títulos cambiarios cuando el deudor no paga, no formula oposición o cuando esta es desestimada ( LEC art.821.2 y 825 ).
- Autos que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en los supuestos previstos por la ley en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor ( LEC art.517.2.8º ).

**b) Por disposición de la LJV.** Se trata del acta donde se apruebe una conciliación, siempre que se solicite la ejecución ante el juez competente.

**b. No judiciales**

5552 Se enumeran las siguientes:

- a) **Escrituras públicas** ( LEC art.517.2.4º ). Con tal que sea primera copia o si es segunda, dada en virtud de mandamiento judicial con citación de los posibles perjudicados o expedida con la conformidad de todas las partes.
- b) **Pólizas de contratos mercantiles** ( LEC art.517.2.5º ). Firmadas por las partes y por corredores de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y fecha.
- c) **Títulos nominativos o al portador** ( LEC art.517.2.6º ). Deben representar obligaciones vencidas y los respectivos cupones confrontados con los títulos, y estos, en todo caso, con los libros talonarios.
- d) **Certificados de valores** ( LEC art.517.2.7º ). No caducados, expedidos por las entidades encargadas de los registros contables, de valores representados mediante anotaciones en cuenta, a las que se refiere la ley del mercado de valores, siempre que se acompañe de copia de la escritura pública de representación de los valores, o en su caso de la emisión.

Cuando se trate de los títulos ejecutivos no judiciales citados solo podrá despacharse ejecución cuando la cantidad (en dinero efectivo, moneda extranjera convertible, o cosa o especie convertible en dinero) exceda de 300 euros pudiendo obtenerse dicha cantidad mediante la adición de varios títulos ( LEC art.520 ).

**c. Títulos extranjeros**

(LEC art.523)

5553 Se trata de las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros que lleven aparejada ejecución, de conformidad con lo que disponen los **tratados** y **convenios internacionales** y las disposiciones aplicables en materia de cooperación internacional.

## II. Jurisdicción y competencia

5554	A.	Jurisdicción	5555
	B.	Competencia objetiva	5556
	C.	Competencia territorial	5558

D.	Legitimación	5568
E.	Postulación	5573
F.	Procedimiento	5575
G.	Realización forzosa o vía de apremio	5650

## A. Jurisdicción

5555 La ejecución de una **resolución extranjera por los tribunales españoles** requiere:

- El respeto de los criterios que señalan LOPJ art.21 y 22 referentes a los **límites de la jurisdicción** de los juzgados y tribunales españoles, así como lo que disponen los tratados internacionales en la materia.
- El cumplimiento de los criterios que señala la LEC art.36 al indicar que los tribunales españoles se abstendrán de conocer cuando se solicite ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de **inmunidad** de jurisdicción o ejecución, conforme a las normas de derecho internacional público, o cuando el asunto se encuentra atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro estado.

## B. Competencia objetiva

5556 Corresponde a los juzgados de paz o a los juzgados de primera instancia.

Los **juzgados de paz** conocen de la ejecución de las sentencias dictadas por ellos mismos en asuntos de su competencia -juicios verbales de cuantía no superior 90 euros- ( LEC art.47 y 545 ).

También son competentes para la ejecución de los acuerdos alcanzados ante ellos en **actos de conciliación** ( LJV art.147 ): cuando el acuerdo no excede de las competencias del juez de paz se podrá ejecutar siguiendo los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias.

Los **juzgados de primera instancia** son competentes para conocer del resto de las ejecuciones.

## C. Competencia territorial

5558 Se establece la distinción entre títulos judiciales y no judiciales.

### 1. Títulos judiciales

---

5559 Tienen competencia para:

- Resoluciones judiciales (sentencias y autos que llevan aparejada ejecución): juzgado que haya conocido del asunto en primera instancia ( LEC art.545.1 ).
- Resoluciones judiciales que aprueben transacciones y acuerdos homologados judicialmente: juzgado de primera instancia que homologó la transacción o el acuerdo ( LEC art.545.1 ).

### 2. Títulos no judiciales

---

5560 Hay que contemplar varios supuestos:

#### 1. Ejecución en general: A elección del ejecutante:

El juzgado de primera instancia conforme a la LEC art.50 y 51 , o el del lugar del cumplimiento de la obligación según el título o donde se encuentren bienes del ejecutado susceptible de embargo ( LEC art.545.3 ).

a) **Personas físicas**: El del domicilio del demandado, y si no lo tuviera en territorio español, el de su residencia en dicho territorio ( LEC art.50.1 ).

Si no tuvieran **domicilio ni residencia** en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional, o en el de su última residencia en este, y si tampoco pudiera determinarse, el del domicilio del actor ( LEC art.50.2 ).

Los **empresarios y profesionales** en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional podrán ser demandados donde desarrollen su actividad -si tienen varios establecimientos en cualquiera de ellos, a elección del actor- ( LEC art.50.3 ).

b) **Personas jurídicas:** El juzgado de su domicilio, también el del lugar donde la relación jurídica haya nacido o deba producir efectos, siempre que tenga en dicho lugar, establecimiento abierto al público o representante autorizado ( LEC art.51.1 ).

c) **Entes sin personalidad:** El juzgado del domicilio de sus gestores o el del lugar donde desarrolle su actividad ( LEC art.51.2 ).

En ningún caso cabe **sumisión** expresa ni tácita.

Cuando hay **varios ejecutados** es competente cualquiera de los que en aplicación de las reglas anteriores pudiera resultar como tal, a elección del demandante ( LEC art.545.3 ).

**5561 2. Ejecución hipotecaria** ( LEC art.545.3 y 684.1º aptdo 1º, 2º y 3º ). Se trata de varios supuestos:

a) Si son **bienes inmuebles**, el juzgado de primera instancia del lugar donde radique la finca, si esta radicare en más de un partido judicial o son varias y radican en distintos partidos, el juzgado de primera instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante (no se admite sumisión).

b) Si son **buques**, el juzgado de primera instancia al que se hubieran sometido las partes en el título constitutivo y, en su defecto, el del lugar donde se hubiera constituido la hipoteca, el del puerto en que se encuentre el buque, el del domicilio del demandado, o el del lugar en que radique el registro en que fue inscrita la hipoteca, a elección del ejecutante.

c) Si se trata de **ejecución de bienes muebles**, el juzgado de primera instancia al que las partes se hayan sometido en la escritura constitutiva, y en su defecto, el del lugar donde esta hubiera sido inscrita. si son varios los bienes, el de cualquiera de los partidos judiciales que puedan resultar competentes, a elección del ejecutante.

**5562 d) Ejecución pignoratícia** ( LEC art.545.3 y 684.1ª.4 ). El juzgado de primera instancia al que las partes se hubieran sometido en la escritura de constitución o póliza correspondiente, y en su defecto, el del lugar en que los bienes se hallen o estén almacenados o se hallen depositados.

e) **Laudos arbitrales:** juzgados de primera instancia del lugar donde el laudo arbitral se haya dictado. ( L 60/2003 art.53 ; LEC art.545.2 ).

f) **Acuerdo de mediación:** juzgados de primera instancia del lugar donde se hubiera firmado el acuerdo de mediación ( LEC art.545.2 ).

### 3. Tratamiento procesal de la competencia

---

**5563** El examen de la competencia puede llevarse a cabo:

- de oficio; o
- a instancia de parte.

**5564 Examen de oficio**  
(LEC art.38 , 48 , 546.1 y 684.2)

Respecto de la competencia **internacional, objetiva y funcional**, el momento procesal lo será tan pronto como se advierta. Normalmente deberá realizarse antes del despacho de ejecución.

La **tramitación** consiste en la audiencia de las partes y del ministerio fiscal por plazo común de 10 días. Se resuelve mediante auto.

En caso de declararse **incompetente** deberá indicar el órgano judicial ante el que debe interponerse la pretensión ejecutiva.

Por lo que se refiere a la **competencia territorial**, el momento procesal se produce antes del despacho de ejecución ( LEC art.546.1 ).

Examinada y resuelta la competencia territorial de oficio, no podrá volver a examinarse de oficio tras el mencionado auto sin perjuicio de que se formule por el ejecutado por **vía de declinatoria** ( LEC art.546.2 ).

Se **resuelve** por auto que puede contener cualquiera de los siguientes pronunciamientos:

a) Declarar la incompetencia territorial, absteniéndose de conocer: indicando al demandante el juzgado ante el que habrá de interponer la demanda.

b) Declararse competente, en cuyo caso no podrá volver a revisar de oficio la competencia, una vez despachada ejecución ( LEC art.546.2 ).

**5565 Examen a instancia de parte: declinatoria**

Los **motivos** por los que se puede solicitar son:

**a)** Falta de competencia territorial.

**b)** Falta de competencia objetiva, internacional, o de jurisdicción ( LEC art.39 y 49 ).

La **legitimación** corresponde al ejecutado.

**5566 c)** En cuanto a la competencia, **se presentará** ante el mismo juzgado que esté conociendo del asunto. También, ante el juzgado del domicilio del ejecutado cuando no coinciden, procediéndose en este caso, tal y como señala la LEC art.63 último párrafo (remisión de oficio al órgano que haya despachado ejecución por el medio de comunicación más rápido posible).

**d)** Respecto al **plazo y forma** de proposición: en los 5 días siguientes a la notificación de la existencia del proceso de ejecución -normalmente será el auto despachando la misma- ( LEC art.547.1 ).

**e)** Por lo que respecta a la **tramitación**: se propone la declinatoria por escrito, acompañándola de los documentos correspondientes o de un principio de prueba de los hechos en que se base, con copias, en número igual al resto de los litigantes.

**f)** En cuanto a los **efectos**: se suspende el curso de la ejecución, aunque se pueden mantener y practicar medidas cautelares cuya dilación pueda originar perjuicios irreparables al ejecutante.

Se da traslado al ejecutante del escrito, proponiendo la declinatoria, para que en el plazo de 5 días, contados desde la notificación de la misma, pueda alegar y aportar lo que considere conveniente.

**5567 g)** Respecto a la **resolución**: el juzgado resolverá sobre la declinatoria, mediante auto, en el **plazo** de 5 días desde el siguiente a la expiración del plazo establecido para las alegaciones de las partes.

- **Desestimación**: se dictará auto, manteniendo la propia competencia y alzando la suspensión (reanudándose los trámites procesales oportunos).
- **Estimación**: resolverla a favor del órgano que pretende el promotor.

Puede resolverse **a favor de un tercer juzgado**, solo en aquellos casos en los que la competencia territorial está regulada por normas imperativas.

En todos estos casos el **juzgado se inhibirá** a favor del órgano al que corresponda la **competencia territorial** y acordará remitirles los autos, con emplazamiento de las partes por término de 10 días.

## D. Legitimación

**5568** Puede ser:

- ordinaria; y
- extraordinaria.

**5569** Legitimación ordinaria

Partes son las personas que piden y obtienen el despacho de ejecución y aquellas frente a las que se despacha la misma ( LEC art.538.1 ):

- Ejecutantes**, quienes aparezcan como acreedores en el título ejecutivo o sus sucesores ( LEC art.538.2, 540 y 541 a 544 ).
- Ejecutados**, quienes aparezcan como deudores en el título ( LEC art.538.2.1º y 540 y 541 a 544 ).

**5570** Supuestos especiales de legitimación extraordinaria

La LEC contempla supuestos de diversa índole:

**a) Ejecución** frente a quien, aun **sin figurar en el título**, responde personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento, acreditado este en documento público ( LEC art.538.2.2º ).

**b) Los propietarios de bienes** especialmente afectos al pago de la deuda en virtud de la cual se procede (como sucede en casos de hipoteca y prenda) siempre que se den los siguientes requisitos:

- Que la afectación se establezca por ley o se acredite mediante documento fehaciente.
- Que la ejecución solo se concretará a los bienes especialmente afectos ( LEC art.538.2.3º ).

**c) Ejecución sobre bienes gananciales** ( LEC art.541 ).

- Prohibición de despachar ejecución frente a la comunidad de gananciales como regla general.

- Cuando proceda puede despacharse ejecución contra los bienes gananciales **por deudas** de esta comunidad, pero también contra estos bienes ante las deudas propias de un cónyuge, si son insuficientes los bienes privativos en aquellos supuestos en que se deriva dicha responsabilidad.
- Inexistencia de **litisconsorcio pasivo necesario**: no hay la obligación de demandar conjuntamente a ambos cónyuges, puede dirigirse la demanda frente a uno de ellos, aunque sí se establece la carga del ejecutante de identificar al cónyuge no deudor, solicitando la notificación a este del embargo, de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución.

## Precisiones

Cuando se trata de **deudas** contra el **cónyuge deudor** de la que deba responder la sociedad de gananciales, demandado el deudor se procederá a la notificación del embargo al cónyuge no deudor y posibilidad de este de oposición.

Si las **deudas** son **privativas**, si se persiguen gananciales por ausencia o insuficiencia de privativos se procederá por los trámites de la LEC art.541 .

### 5571 d) Responsabilidad solidaria ( LEC art.542 ).

- Si se ejecutan sentencias, laudos y otros títulos, solo podrán ejecutarse contra deudores solidarios que hayan sido parte en el proceso.
- Si se ejecutan otros títulos no judiciales, podrá despacharse ejecución contra los deudores solidarios que figuren en el título o en otros documentos por el importe total de la deuda más intereses y costas.

### e) Agrupaciones de empresas ( LEC art.543 ).

- Normalmente habrá de despacharse ejecución frente a la unión o agrupación y no frente a sus miembros.
- Sin embargo, en aquellos supuestos en los cuales por disposición legal o por acuerdo de los socios, miembros o integrantes, debieran responder solidariamente de los actos de la unión, podrá despacharse ejecución directamente frente a los partícipes.
- Si estamos ante supuestos de responsabilidad subsidiaria establecida por ley, podrá dirigirse ejecución contra los integrantes, acreditando previamente la insolvencia de aquella.

### f) Entes sin personalidad jurídica ( LEC art.544 ).

- Como sucede en los casos de uniones sin personalidad o sociedades irregulares, en estos casos debe despacharse ejecución contra quienes hayan actuado en nombre de la entidad ante terceros y sean socios, miembros o gestores.
- Queda exceptuada la posibilidad de despachar ejecución contra el presidente de la comunidad de propietarios.

### g) Sucesión de ejecutante y ejecutado:

- Sucesión «**mortis causa**» ( LEC art.540 ).
- Sucesión «**intervivos**»: - por subrogación en la posición del acreedor ( CC art.1209 y 1210 ); - por novación de la obligación ( CC art.1205 ).
- **Acreditación**: Se debe acreditar mediante el acompañamiento de los documentos que justifiquen la mismas o el fehaciente en el que conste la muerte: cuando el tribunal considere que no son suficientes, se oirá a todos los interesados en una comparecencia decidiendo a continuación el tribunal.

### 5572 h) Terceros ( LEC art.538.3 ).

Pueden intervenir en el proceso personas interesadas en el mismo, como son todos aquellos frente a los que, aun no despachándose ejecución frente a ellos, esta se extiende a bienes de su titularidad.

### i) Cónyuge del deudor ( LEC art.541 ).

Tiene los mismos recursos y medios de impugnación que el ejecutado en defensa de los intereses de la sociedad de gananciales.

### j) Tercerista de dominio ( LEC art.595 a 604 ).

- Legitimación activa ( LEC art.595.1 y 2 ). Quien afirme ser dueño del bien embargado o titular de derecho que le autorice a oponerse al embargo o a su realización, por disposición legal expresa.
- Legitimación pasiva ( LEC art.600 ). Acreedor ejecutante. También contra el ejecutado, cuando el bien, objeto de tercera, fue designado por aquel.

### k) Tercerista de mejor derecho ( LEC art.614 a 616 , 617 y 618 a 620 ).

- Legitimación activa ( LEC art.614.1 ). Quien afirme tener el derecho a la satisfacción con preferencia al crédito del ejecutante.
- Legitimación pasiva ( LEC art.617.1 y 2 ). Acreedor ejecutante en todo caso y ejecutado si el título del tercerista no consta en el título ejecutivo.

I) **Intervinientes en la subasta** ( LEC art.613 , 659 y 662 ).

## E. Postulación

(LEC art.23 s. y 539.1)

**5573** Como **regla general**, las partes han de actuar mediante abogado y procurador, excepto para la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en los que no sea preciso la intervención de dichos profesionales ( LEC art.539.1 ).

Son **excepciones** las actuaciones que suponen la intervención de las partes por sí mismas:

- Ejecución de los convenios alcanzados en **actos de conciliación**.
- Ejecución de sentencias dictadas en **juicios verbales** cuya cuantía no exceda de 2.000 euros ( LEC art.539.1 en relación con LEC art.23.2 y 31.2 reglas primeras).
- Ejecución de resoluciones dictadas en **juicios monitorios** en los que no ha habido oposición siempre que la cuantía no exceda de 2.000 euros ( LEC art.539.1 en relación con LEC art.23.2 y 31.2 regla primera).

Cuando aun no teniendo **carácter preceptivo** las partes deciden valerse de los mencionados profesionales, deben tenerse en cuenta las previsiones que contiene la LEC art.32 .

## F. Procedimiento

<b>5575</b>	1. Iniciación	5576
	2. Despacho de ejecución	5590
	3. Oposición a la ejecución	5600
	4. Final de la ejecución	5624
	5. Recursos	5630
	6. Costas y gastos	5635

### 1. Iniciación

**5576** La ley distingue dos **formas** de planteamiento de la demanda:

a) La primera sería la **demanda ordinaria**, en aquellos supuestos en que las ejecuciones se basen en títulos que no sean resoluciones judiciales. En este caso habrá que presentar demanda en la forma y con los requisitos a que alude el apartado primero, siendo esencial el acompañamiento del título de ejecución.

b) La segunda sería la **demanda ejecutiva** de una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para despachar ejecución, a que alude el apartado segundo. En este caso se simplifica la redacción, requiriéndose exclusivamente en estos casos, solicitar que se despache ejecución identificando la resolución objeto de la misma.

#### a. Demanda ordinaria

(LEC art.549.1)

**5577** Consta de varias partes:

#### **5578** Encabezamiento

En el mismo ha de constar:

- Designación del **órgano judicial** al que se dirige (reglas competenciales de la LEC art.545 y 684 ).
- Determinación del **ejecutante** y **ejecutado** (circunstancias identificativas).
- Especificación de la **demanda ejecutiva** que se ejercita.

#### **5579** Hechos

Son los siguientes:

- Identificación del **título no judicial** en que se funde (clase, número, lugar de expedición, fecha) y/o los hechos causantes de la relación causal que motivó su emisión.

- **Tutela ejecutiva concreta** que se pretende y que debe presentar relación con el título aludido. Puede tratarse (de entrega; dineraria o no dineraria, de hacer o de no hacer -a su vez pueden ser personalísima o no personalísima- de emitir declaración de voluntad o de proceder a la liquidación de daños y perjuicios, frutos, rentas o rendición de cuentas de una administración).
- **Bienes** del ejecutado de los que tenga conocimiento, que sean susceptibles de embargo, acompañado de la manifestación de si se consideran suficientes para el éxito de la ejecución.
- Medidas de **localización y averiguación** de dichos bienes.
- Comunicaciones efectuadas con el ejecutado (por ejemplo, requerimientos notariales de pago efectuados).

Debe hacerse referencia numerada a los **documentos** que se acompañan, relacionándolos con los hechos.

#### 5580 Fundamentos de derecho

Ha de referenciarse:

- Competencia ( LEC art.545 , 684 , 50 y 51 ).
- Procedimiento ( LEC art.538 s. y los procedentes, según la clase de ejecución ejercitada).
- Legitimación activa y pasiva ( LEC art.538 , 539 , 540 y 541 a 544 ).
- Cumplimiento de los requisitos exigidos por los diferentes títulos ejecutivos ( LEC art.517 , 518 , 520 , 548 ).
- Cantidad por la que se debe despachar ejecución e intereses de ejecución y de mora procesal ( LEC art.575 y 576 ).
- Costas ( LEC art.539.2 ).

#### 5581 Suplico

Se debe instar:

- Que se dicte **auto despachando ejecución** con el contenido que proceda.
- Que tratándose de ejecución **dineraria** se practique el correspondiente requerimiento de pago en aquellos supuestos en que este sea preciso ( LEC art.580 y 581 ).
- Que en los casos de ejecución dineraria se produzca la **ampliación** de la ejecución por el importe del vencimiento de nuevos plazos correspondientes a la misma obligación ( LEC art.578 ).
- Que tratándose de ejecuciones no dinerarias se pidan los requerimientos con **apremios y multas coercitivas** para caso de incumplimiento ( LEC art.699 y 700 ).
- Que tratándose de ejecuciones no dinerarias se acuerden **medidas de garantía** que aseguren la efectividad de la condena ( LEC art.700 ).
- Que se requiera al deudor para que manifieste **bienes suficientes** para cubrir la cuantía de la ejecución.
- Que si no lo hace se libren los oportunos **oficios** a los organismos públicos correspondientes para verificar los bienes y derechos del ejecutado.
- O que conociendo bienes se proceda al **embargo de los bienes** que se señalan (acompañar relación de bienes conocidos) para hacer frente a las cantidades objeto de ejecución y gastos de esta.
- La **condena en costas**.
- Cualesquiera **suplicos** que se consideren oportunos.
- Lugar, fecha y firmas del abogado y procurador cuando intervengan.

#### b. Demanda ejecutiva de resolución judicial dictada por tribunal competente

(LEC art.549.2)

**5582** Cuando el **título ejecutivo** sea sentencia o resolución judicial dictada por el tribunal competente para despachar ejecución, la demanda podrá limitarse a solicitar que se despache aquella, designando la resolución judicial que se pretende ejecutar, con invocación del **número de autos**. Así como, las menciones de la LEC art.549.3 y 4 (bienes del ejecutado y medidas de localización) deberán consignarse necesariamente, para asegurar la eficacia de la tutela ejecutiva pretendida.

#### c. Documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva

**5584** Hay que distinguir entre los obligatorios, los facultativos, y los exigidos especialmente por la ley para despachar ejecución.

#### 5585 Obligatorios

(LEC art.550.1)

Tienen esta consideración:

- a) **Título ejecutorio** (único o múltiple en aquellos supuestos en los cuales se procede a la acumulación de varios títulos, tal y como dispone el art.520) salvo que se trate de ejecuciones de sentencias y otras resoluciones, como son los acuerdos y transacciones que consten en autos ( LEC art.550.1.1º ).
- b) **Poder del procurador**, salvo que se confiera apud acta o conste ya en las actuaciones o no sea necesario ( LEC art.550.1.2º ).
- c) Documentos que acrediten los **precios o cotizaciones** aplicados para el cómputo de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento ( LEC art.550.1.3º ).

**5586 Otros exigidos especialmente por la ley para despachar ejecución**  
(LEC art.550.1.4º)

Como supuestos específicos se señalan:

- Casos de **sucesión**; documentos fehacientes que acrediten la condición de sucesor de ejecutante y ejecutado ( LEC art.540.2 ).
- **Consumidores y usuarios**; testimonio del auto que reconoce al consumidor la condición de beneficiario de una sentencia condenatoria ( LEC art.519 ).
- Ejecución dineraria por **saldo de cuentas**; documentos exigidos en la LEC art.573.1 .
- Ejecución dineraria en casos de **intereses variables**; documentos de la LEC art.574.2 .
- Ejecuciones **hipotecarias y pignoraticias**; documentos de la LEC art.685.2 .
- Ejecución de **liquidación de daños y perjuicios**; relación detallada de los daños con su valoración ( LEC art.713 ).

**5587 Facultativos**  
(LEC art.550.2)

Pueden acompañar a la demanda:

- Cuantos documentos considere el ejecutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan **datos útiles** para desarrollarla.
- Ejecución dineraria por **saldo de cuentas**; documentos exigidos en la LEC art.573.2 .
- Ejecución dineraria en casos de **intereses variables**; documentos de la LEC art.574.2 .
- **Requerimientos de pago notariales** hechos al deudor ejecutado con al menos 10 días de antelación. Servirá para dispensar del requerimiento de pago, en aquellos supuestos en que este sea preceptivo ( LEC art.581.2 ).

**d. Subsanación de defectos procesales de la demanda de ejecución**

**5588** La falta de presentación del **poder del procurador** cuando su intervención sea preceptiva, o los **defectos formales de la demanda**, o la presentación antes del transcurso del plazo de cortesía que señala la LEC art.548 deben considerarse defectos subsanables en aplicación de lo que dispone la LEC art.231 , lo cual conllevará que el órgano judicial conceda el correspondiente plazo para proceder a aquella.

**2. Despacho de ejecución**

---

**5590** La ejecución se resuelve mediante auto ( LEC art.551 ).

**5591 Requisitos**  
(LEC art.551.1)

Deben tenerse en cuenta los siguientes:

- Con carácter previo el letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo la oportuna consulta al **Registro Público Concursal** ( LCon art.5 bis.4 ).
- **Jurisdicción y competencia** del juzgado ante el que se ha interpuesto la demanda de ejecución (en los términos expuestos anteriormente).
- Regularidad del **título ejecutivo**.
- **Requisitos temporales** de la LEC art.518 y 548 .
- Requisitos exigidos especialmente para los **diferentes títulos** ejecutivos (por ejemplo y especialmente cantidad líquida superior a 300 euros) y **documentos** que deben acompañar a la demanda en casos especiales.
- Adecuación entre las **peticiones** solicitadas y la **naturaleza del título** ejecutivo.

**5592 Contenido del auto admitiendo la ejecución**



Debe distinguirse entre:

a) **Ejecuciones dinerarias:**

- **Personas** frente a las que se despacha ejecución. Si son varios deberá señalar si lo son en forma mancomunada o solidaria.
- **Cantidad** por la que se despacha ejecución, atendidos el principal y los intereses vencidos, así como por la cantidad que se estime para hacer frente a los intereses procesales y costas de la ejecución ( LEC art.575.1 ).
- Medidas de **localización** y **averiguación** de bienes ( LEC art.589 y 590 ).
- **Actuaciones judiciales ejecutivas concretas** en función de la modalidad de ejecución ante la que nos encontremos.
- **Requerimiento de pago** al deudor en aquellos supuestos en los cuales debe procederse al mismo. Ejecuciones dinerarias que no sean de títulos judiciales o arbitrales o que aprueben transacciones o convenios alcanzados dentro del proceso ( LEC art.581.1 ). No será necesario cuando a la demanda se ha acompañado **acta notarial** a que hace referencia la LEC art.581.2 o cuando el título sea una resolución judicial o arbitral, LEC art.580 ).
- **Embargos** de bienes concretos.
- Si existen indicios racionales de que los **bienes pertenecen a un tercero**, antes del embargo se procederá a oírle conforme a los trámites de la LEC art.593 .

b) **Ejecuciones no dinerarias:**

- **Personas** frente a las que se despacha ejecución (si son varios deberá señalar si lo son en forma mancomunada o solidaria).
- **Requerimientos, apremios, multas y embargos** ( LEC art.699 s. ).

Frente al contenido del auto no cabe recurso alguno, aunque sí **formulación de oposición a la ejecución** en plazo de 10 días desde la notificación de la resolución ( LEC art.551.2 ).

**5593 Decreto del letrado de la Administración de Justicia**

(LEC art.551.3)

Dictado el auto por el juez o magistrado, el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquel en que se haya dictado el auto despachando ejecución, dicta decreto, que debe tener el siguiente **contenido**:

- a) Las **medidas ejecutivas** concretas que resulten procedentes, incluido si es posible el embargo de bienes.
- b) Las medidas de **localización y averiguación** de bienes del ejecutado que procedan, conforme a la LEC art.589 y 590 .
- c) El contenido del **requerimiento de pago** que deba hacerse al deudor, en los casos en que la ley establezca este requerimiento, y si este se efectúa por funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial o por el procurador de la parte ejecutante, si lo hubiera solicitado.

El letrado de la Administración de Justicia debe poner en conocimiento del **Registro Público Concursal** la existencia del auto por el que se despacha la ejecución con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor persona física o jurídica contra el que se despache la ejecución.

El Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal. El letrado de la Administración de Justicia pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del procedimiento de ejecución cuando la misma se produzca.

Contra el decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia cabrá interponer **recurso directo de revisión**, sin efecto suspensivo, ante el tribunal que haya dictado la orden general de ejecución.

**5594 Notificación del auto, del decreto y de la demanda ejecutiva**

(LEC art.553.2, 556.1 y 557.1)

El auto despachando ejecución, el decreto y la demanda y documentos que la acompañan, se notifican al ejecutado pero sin citar ni emplazarle, de modo que podrá personarse en cualquier momento y desde la notificación empezará a contar el plazo para formular oposición.

**5596 Motivos de denegación del despacho ejecución**

(LEC art.552)

La denegación se produce mediante auto. El tribunal examinará de oficio, si en el título ejecutivo se incluyen **cláusulas** que puedan ser calificada como **abusivas**. Cuando aprecie que alguna cláusula abusiva. debe dar audiencia por 15 días a las partes y una vez oídas, acordará lo procedente en el plazo de 5 días hábiles conforme a lo previsto en LEC art.561.1.3.<sup>a</sup>

Los motivos que pueden alegarse son:

- a) Falta de **competencia o jurisdicción** (sin embargo, en estos casos no se debe limitar a denegar el despacho, sino que deberá indicar el órgano competente para volver a interponer la demanda ejecutiva).
- b) Caducidad del **título ejecutivo judicial** (transcurso del plazo de la LEC art.518 ).
- c) No haber finalizado el **plazo de espera** de 20 días si el título ejecutivo son resoluciones judiciales o arbitrales o convenios aprobados judicialmente ( LEC art.548 ).
- d) Supuestos de resoluciones **no susceptibles de ejecución** ( LEC art.521.1 ).
- e) Falta de **restantes requisitos y presupuestos**.
- f) No aportación de **documentos obligatorios**.

### 5598 Recursos

(LEC art.552.2.3)

Puede el ejecutante interponer recurso de **reposición** en plazo de 5 días previo a la apelación o acudir directamente a preparar el recurso de **apelación**.

Firme el auto denegatorio de ejecución el acreedor no puede reiterar su demanda ejecutiva y solo podrá hacer valer sus derechos en el **proceso declarativo** correspondiente, siempre que no se produzca respecto de este último la cosa juzgada.

## 3. Oposición a la ejecución

---

**5600** La **legitimación** en la oposición a la ejecución corresponde al ejecutado y también puede corresponder a terceros (en los supuestos analizados dentro de legitimación, como sucede por medio de las tercerías).

En cuanto al **momento procesal**, deberá deducirse en los 10 días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución ( LEC art.556.1 y 557.1 ). Transcurrido dicho plazo solo podrá alegarse el incidente que la LEC art.562.1 establece.

### 5602 Causas

Puede existir oposición a la ejecución:

- por motivos procesales; y
- por motivos de fondo.

### 5604 Por motivos procesales

Válida tanto para títulos judiciales como no judiciales.

- Falta de **capacidad o representación del ejecutante** o no tener el carácter o la representación con que demanda ( LEC art.559.1.1<sup>o</sup> ). No acreditar el carácter de **sucesor o de representante** de quien aparece como acreedor en el título ejecutivo no acreditando los requisitos que exige la LEC art.540 .
- Falta de **carácter o representación** con que se demanda al ejecutado ( LEC art.559.1.2<sup>o</sup> ). No acreditar el carácter de sucesor o de representante de quien aparece como **deudor en el título ejecutivo** cuando no se acreditan ni cumplen los requisitos que exige la LEC art.540 .
- **Nulidad radical** en el despacho de ejecución: por no tener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena. Por no cumplir el documento los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución. Por infracción de la LEC art.520 (cantidad inferior a 300 euros). La **falta de competencia** no debe olvidarse que tiene tratamiento autónomo en la LEC art.547 ya que deberá plantearse dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución.

### 5606 Por motivos de fondo

Son causas de oposición a la ejecución:

- a) Títulos **judiciales, arbitrales o mediación** -excepto auto de cuantía máxima- ( LEC art.556.1 ): pago o cumplimiento justificado documentalmente; caducidad de la acción ejecutiva; pactos y transacciones que consten en documento público.

b) Títulos **no judiciales, ni arbitrales, ni mediación** ( LEC art.557 y 558 ): pago acreditado documentalmente; compensación; pluspetición; prescripción; quita y espera o promesa de no pedir que conste documentalmente; transacción en documento público; cláusula abusiva.

c) **Auto de cuantía máxima** ( LEC art.556.3 ): causas de oposición de los títulos no judiciales, y además: culpa exclusiva de la víctima; fuerza mayor; concurrencia de culpas.

- oposición al embargo de gananciales ( LEC art.541.2 );

- a la realización de los bienes hipotecados y pignorados ( LEC art.695 ).

#### 5608 Efectos suspensivos

La oposición a la ejecución provoca los siguientes efectos:

a) La oposición por motivos de fondo en los casos de **títulos judiciales, arbitrales o mediación**, no suspende la ejecución.

b) La oposición en el **auto de cuantía máxima** suspende la ejecución.

c) La oposición por motivos de fondo en los casos de **títulos no judiciales o arbitrales** suspende la ejecución salvo que solo esté basada en pluspetición.

#### 5610 Sustanciación

(LEC art.559 y 560 )

Si se alegan en el mismo escrito **ambos motivos** (dentro de los 10 días siguientes al auto despachando ejecución): primero se sustanciará la oposición por defectos procesales y cuando no se estiman estos o no se han alegado se sustanciarán los motivos de fondo.

#### 5611 Por defectos procesales

(LEC art.559.2)

- Traslado del escrito de oposición al ejecutante para **formulación de alegaciones** en 5 días.
- Si el defecto es **subsancable**, y con independencia de las alegaciones que haya hecho el ejecutado, se concederá plazo de 10 días para subsanación.
- Si el defecto es **insubsancable** o cuando no es subsanado, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada con condena en costas al ejecutante.
- Si se **desestima la oposición** continuará la ejecución con imposición de las costas de la oposición al ejecutado o se sustanciará la oposición por motivos de fondo.

#### 5612 Por defectos de fondo

(LEC art.560)

- Se dará traslado al ejecutante para que haga **alegaciones** (escrito de impugnación) en 5 días a contar desde la notificación de la desestimación de la oposición por motivos de procesales, o en su caso, desde el traslado del escrito de oposición.
- Posible **resolución** sin ningún otro trámite.
- **Vista** cuando lo solicitan las partes en sus escritos de oposición e impugnación y el tribunal entiende que no es suficiente para resolver sobre la oposición con los escritos aportados.
- **Celebración** dentro de los 10 días siguientes por los trámites de los juicios verbales. Si **no comparece el ejecutado** se le tendrá por desistido de la oposición con imposición de las costas y los daños y perjuicios. Si **no comparece el ejecutante**, se resolverá sobre la oposición sin oírle.
- Si se alega **pluspetición**, se sustancia por los trámites de la LEC art.572 y 574 .

#### 5614 Resolución

El proceso concluye mediante auto estimando o desestimando la oposición a la ejecución.

a) Auto **desestimatorio**: - si se estima **totalmente**, se imponen las costas al ejecutado y prosigue la ejecución con los recursos oportunos; - si se estima **parcialmente**, como sucede en los casos de pluspetición, prosigue la ejecución por la cantidad correspondiente sin perjuicio de los recursos oportunos.

b) Auto **estimatorio**: Se imponen las costas al ejecutante. No prosigue adelante la ejecución, produciéndose el **alzamiento** de los embargos y garantías adoptados. Cuando se aprecie el **carácter abusivo** de una o varias **cláusulas del título**, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas ( LEC art.561.1.3º )

#### 5616 Otras formas de impugnación y defensa

Son la siguientes:

- a) Impugnación de infracciones durante el curso de la ejecución ( LEC art.562 ).
- b) Por actos de ejecución contradictorios con el título judicial ( LEC art.563 ).
- c) Por supuestos posteriores una vez precluidos los previstos ( LEC art.564 ).

#### 5620 Suspensión de la ejecución

Como regla general, se suspenderá la ejecución cuando expresamente lo disponga la ley o lo acuerden los interesados ( LEC art.565.1 ).

La ejecución puede suspenderse también:

1. Por **interposición de recursos ordinarios** ( LEC art.567 ): No suspende las actuaciones ejecutivas aunque el recurrente puede solicitarla alegando daño de difícil reparación y ofreciendo caución.
2. En supuestos de **revisión y rescisión de sentencias firmes** ( LEC art.566 ). Pendiente de recurso de revisión se puede solicitar la suspensión: si se estima la demanda de revisión se procederá al sobreseimiento de la ejecución. Si se desestima la revisión o rescisión se considerarán válidos los actos de ejecución practicada.
3. Por **situaciones concursales** ( LEC art.568 ): - Una vez se produzca la notificación de que el ejecutado está en situación de concurso, quiebra y suspensión de pagos. - No se produce cuando se dirige contra bienes especialmente hipotecados o pignorados.
4. Por **prejudicialidad penal** ( LEC art.569 ): - Por falsedad o nulidad del título. - Por posible invalidez del despacho de ejecución forzosa.

#### 4. Final de la ejecución

(LEC art.570)

---

#### 5624 La ejecución solo terminará con la **completa satisfacción** del ejecutante.

Deben tenerse en cuenta aquí las **diferentes modalidades** de ejecución: dineraria, no dineraria, de entrega con sus diferentes fases según se trate de bien mueble o inmueble, de bienes especialmente hipotecados y pignorados con las reglas especiales que en cuanto a la valoración, subasta, entrega se señalan en el Libro III.

#### 5. Recursos

---

#### 5630 Como regla general, las **infracciones legales** que se produzcan en el curso de la ejecución, por vulneración de las normas que regulan esta, pueden denunciarse ( LEC art.562.1 , reglas primera, segunda y tercera) mediante el correspondiente recurso.

Cuando se impugnen **resoluciones** del tribunal ante el que se desarrolla la ejecución, caben los siguientes:

- Recurso de **reposición** (trámites de la LEC art.451 a 454 ; nº 5343 s. ).
- Recurso de **apelación**, cuando la ley lo prevé expresamente (trámites de la LEC art.455 a 467 ; nº 5352 s. ).

#### 5631 Reglas especiales

Hay que mencionar:

- Auto dictado de oficio, absteniéndose de conocer por **falta de competencia territorial**. Cabe recurso de apelación directo y previamente con carácter facultativo, recurso de reposición ( LEC art.546.1 y 552.2 ).
- Auto **denegando el despacho de ejecución**. Cabe recurso de apelación directa que se sustanciará tan solo con el acreedor. También puede potestativamente, acudir al recurso de reposición, previo al de apelación ( LEC art.552.2 ). Transcurrido el plazo de 5 días, sin la interposición de cualquiera de los anteriores, el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el **proceso declarativo** correspondiente, siempre que el posible proceso del que dimana el título ejecutivo no produzca efectos de cosa juzgada en el posterior ( LEC art.552.3 ).
- **Auto despachando ejecución**. No cabe recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de formular oposición por parte del ejecutado ( LEC art.551.2 ).
- Auto resolviendo la **oposición por motivos de fondo**. Cabe recurso de apelación que no suspende el curso de la ejecución si es desestimatorio de la oposición ( LEC art.561.3 ).
- Si el **auto es estimatorio** de la oposición puede, aunque esté pendiente de recurso a instancia del ejecutante, mantenerse los embargos y medidas adoptadas, una vez prestada la oportuna caución ( LEC art.561.3 ).

**5635** Las costas que genera el proceso de ejecución deben corresponder como **regla general** al ejecutado, sin necesidad de expresa imposición. Sin embargo, como el desarrollo del proceso de ejecución puede ir generando costas, **cada parte** debe satisfacer **por anticipado** las costas y gastos causados a su instancia, conforme se vayan produciendo, sin perjuicio de la liquidación y los reembolsos que procedan posteriormente, de conformidad con el pronunciamiento judicial ( LEC art.539.2 ).

Dentro de los **conceptos a incluir dentro de las costas** se citan los de la LEC art.241 pudiendo los titulares de los créditos derivados de las actuaciones procesales reclamarlos de la parte que deban satisfacerlos, sin necesidad de que el proceso finalice y con independencia del pronunciamiento que recaiga sobre costas.

**5637 Reglas especiales**

La LEC cita las siguientes:

a) Costas del **incidente de oposición**:

- Oposición a la ejecución por **defectos procesales**. En casos de auto estimatorio o desestimatorio de la misma se impondrán las costas al ejecutante o ejecutado respectivamente ( LEC art.559.2 ).
- Oposición a la ejecución por **defectos de fondo**; se impondrán las costas al ejecutado si se desestima totalmente la oposición, si se estima serán de cuenta del ejecutante ( LEC art.561.1.1.º y 561.2 ).

b) Del **requerimiento de pago**: las costas del requerimiento de pago se imponen siempre al deudor, incluso en aquellos supuestos en que se proceda al pago en el acto. Se exceptúan aquellos supuestos en los cuales el deudor justifique que no pudo hacer el pago antes del inicio de la ejecución, por causa a él no imputable.

c) **Tercerías de dominio** ( LEC art.603 ): se remite a las reglas generales de la LEC art.394 s.

d) **Tercerías de mejor derecho**: cuando la sentencia es desestimatoria de la tercería las costas corresponderán al tercerista, si es estimatoria se impondrán al ejecutante que contestó a la demanda o al ejecutado que se opuso igualmente a la tercería por mitad con el ejecutante.

e) Si el **ejecutante se allana a la tercería** sustanciándose la oposición tan solo con el ejecutado, las costas corresponderán a este ( LEC art.620.1 ).

f) Cotas en la fijación de la cantidad determinada de **daños y perjuicios**. La LEC art.716 se remite a los criterios generales de la LEC art.394 s.

g) Costas en la **liquidación de frutos, rentas, utilidades** o productos o en la rendición de cuentas de una administración ( LEC art.719.2 y 720 ). Se remiten igualmente a la LEC art.716 y este al régimen general expuesto anteriormente ( LEC art.394 s. ).

**G. Realización forzosa o vía de apremio**

<b>5650</b>	1. Embargo de bienes	5652
	2. Aseguramiento de la eficacia de los embargos	5705
	3. Tercerías	5718
	4. Procedimiento de apremio	5760

**5651** En el auto despachando ejecución se ordena, en su caso, requerir de pago al deudor. Los efectos de este requerimiento varían en función de que el ejecutado pague, no pague o no sea hallado; así:

**1.** En caso de **pago**: si el ejecutado hallado paga en el acto del requerimiento o ha pagado antes del despacho de ejecución, se dará por terminada la ejecución, poniéndose la suma de dinero a disposición del ejecutante por el letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.583.1 ).

La ley prevé la posibilidad del pago por el ejecutado una vez despachada ejecución y antes de que se resuelva la oposición a la ejecución, consignando la cantidad por la que esta se hubiera despachado ( LEC art.585 y 586 ). El efecto será la suspensión del **embargo** o el levantamiento del que ya se hubiera trabado. La cantidad quedará depositada en el establecimiento designado por el juez o tribunal mientras tanto se sustancia la eventual **oposición** a la ejecución. De no existir tal oposición y una vez resuelta en sentido desestimatorio, se entregará al ejecutante sin perjuicio de la ulterior liquidación de **intereses y costas**.

2. En caso de **impago**: si el ejecutado no puede ser hallado en el domicilio señalado en el título ejecutivo, o si hallado no paga, podrá acordarse el embargo de sus bienes para satisfacer el pago de la cantidad por la que se despachó ejecución ( LEC art.582 ).

3. En ambos casos, las **costas** del requerimiento son de cuenta del ejecutado, salvo que el juez acuerde otra cosa en base a una **circunstancia justificada no imputable** a aquel que le impidiera efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución ( LEC art.583.2 ). Los problemas que el ejecutado pueda tener para reunir las sumas adeudadas al ejecutante no pueden ser considerados como circunstancia no imputable a estos efectos ( AP Murcia 6-10-09, EDJ 262331 ).

Satisfechos intereses y costas, de haberse devengado, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por terminada la ejecución ( LEC art.583.3 ).

## 1. Embargo de bienes

(LEC art.584 a 633 )

5652 Despachada ejecución y practicado, en su caso, el requerimiento de pago, se procede al embargo de bienes del ejecutado cuya **realización** permita satisfacer el crédito del demandante.

El embargo es un **acto procesal** que, naciendo de la voluntad del órgano jurisdiccional del Estado, se practica por el agente judicial asistido del secretario o de quien haga sus veces, en virtud del cual determinados bienes del deudor son declarados adscritos y afectos a la **satisfacción del crédito** del acreedor ejecutante, todo ello en el seno de un concreto proceso ( TS 28-12-99, EDJ 43930 ).

Por tanto, la **efectividad y eficacia** del acto en que consiste el embargo no se produce cuando se ordena, ni tampoco cuando el juzgado decide librar los oficios indagatorios, en su caso, pedidos, sino en el momento en el que se realiza, máxime cuando la traba recae sobre bienes muebles y se encuentra presente el deudor ejecutado, previamente requerido de pago. En este sentido, la LEC art.587 dispone que el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por el letrado de la Administración de Justicia o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba, medidas que el letrado de la Administración de Justicia deberá adoptar inmediatamente, expidiendo de oficio los despachos precisos, de los que, en su caso, se hará entrega al procurador del ejecutante que así lo haya solicitado ( AP Sevilla 30-6-04, Rec 1550/04 : la LEC elimina cualquier duda al respecto de cuándo debe entenderse efectuado el embargo, al disponer que este se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque aún no se hayan adoptado medidas de garantía o publicidad de la traba). Lo cual debe entenderse sin perjuicio de la protección de **terceros de buena fe** que brindan determinadas normas del ordenamiento jurídico.

5654

### Precisiones

1) El embargo consiste en la vinculación del **valor de realización** de una cosa en funciones de garantía de una obligación dineraria, sin que tal aprehensión dé lugar a un derecho real (cosa distinta es la eficacia real en cuanto vincula *erga omnes*), ni suponga la transferencia de ningún derecho. Por ello resulta desacertado hablar de transmisión de los **derechos de uso y disfrute** como efecto del embargo, y mucho menos todavía crea para el embargante la obligación de pagar (o adelantar) otras cantidades distintas de las que, en su caso, pudieran derivarse de la efectividad de la medida ejecutiva (depósito, gastos registrales) ( TS 14-11-95, EDJ 24230 ).

2) El embargo de una **cosa mueble** desempeña una función similar al de la prenda (*pignus iudiciale*), al igual que el de un **inmueble** (anotado preventivamente) se corresponde con la función de una hipoteca ( TS 14-11-95, EDJ 24230 ). Lo que se trata de garantizar es la efectividad de la deuda dineraria por medio de la afección al pago de la misma de los bienes embargados, con desplazamiento posesorio cuando sea procedente. De ahí la irrelevancia de las ulteriores transmisiones de los bienes embargados en lo que a la afección de estos al pago de la deuda se refiere ( AP Murcia auto 23-10-06, EDJ 352094 : la transmisión a favor de quien figura como titular actual se produjo posteriormente al embargo, de lo que resulta que el mencionado bien cuando se produjo la transmisión se encontraba afecto a la ejecución de la sentencia dictada condenatoria al pago de cantidad, por lo que la afectación subsiste).

3) La LEC regula de manera detenida la **investigación de bienes** del ejecutado, cuáles de estos son embargables y en qué medida lo son, así como la **práctica** del embargo, sus **efectos** y las medidas de garantía y la posibilidad de enervar la ejecución.

5656 Investigación de bienes del ejecutado

La traba de los bienes del deudor ejecutado depende de que se conozca su **existencia**, ya que el embargo tiene necesariamente que incidir sobre **bienes y derechos determinados**. No es posible el embargo de bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste ( LEC art.588 ). Este precepto sanciona con la nulidad los embargos trabados sobre

bienes o derechos cuya efectiva existencia no conste, pretendiendo así acabar con la traba de bienes no identificados que se hizo frecuente bajo la vigencia de la ley procesal anterior.

Así, la doctrina entiende que la norma contenida en LEC art.588.1 persigue, más que regular una concreta exigencia legal de todo embargo, reaccionar frente a un repudiable estado de cosas consolidado bajo la ley procesal anterior, cuando eran frecuentes los **embargos genéricos** sobre cualesquiera bienes del deudor o sobre ciertos derechos acerca de cuya existencia no concurría indicio alguno, con el cúmulo de problemas que ello originaba tanto para el ejecutante y el ejecutado como frente a terceros; se prohíbe así el **embargo indeterminado**, entendiendo por tal el que recae sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste, y no se trata tanto de exigir al ejecutante prueba cumplida de que los bienes que designe para la traba sean de titularidad del ejecutado, ya que para ello se prevé el mecanismo de LEC art.593.2 y, en su caso, la tercería, como de fijar ya en el momento preliminar los **rasgos identificativos** del bien o derecho cuyo embargo se propone a fin de que no ofrezca duda alguna su determinación. Buena prueba de que tal identificación ha de ser la suficiente, pero no necesariamente exhaustiva, es que la propia LEC art.588 en su segundo apartado admite el embargo de depósitos bancarios y cuentas corrientes aunque se ignore el importe de aquellos y el saldo de estas, siempre que conste con precisión el titular de los depósitos y cuentas y la entidad depositaria, así como se fije en el momento de la traba el **límite cuantitativo máximo** de la deuda ( AP Madrid Auto 23-4-04, EDJ 114618 : es indudable que la LEC art.588 está redactada en el sentido de que es posible el embargo sobre saldos y depósitos bancarios siempre que se determine por medio de resolución judicial una cantidad como límite máximo).

5658

#### Precisiones

1) En modo alguno puede predicarse de las eventuales **devoluciones tributarias** por IVA e Impuesto sobre Sociedades ( AP Valladolid 19-11-02, EDJ 65694 ).

2) La efectiva tutela jurídica encontraría serias dificultades de materializarse si se hubiera de dejar exclusivamente en manos del ejecutante la averiguación de las concretas **cuentas corrientes** y los **saldos positivos** en cualquier modalidad de depósito crediticio que pudiera tener el ejecutado ( AP Las Palmas 29-3-05, EDJ 53555 ). En relación con el embargo de saldo positivo en cuentas bancarias ha concluido la AP Castellón auto 9-11-09, EDJ 360580 que la LEC art.588.2 admite el embargo con **cierta indeterminación** cuando el mismo ha de ser trabado sobre depósitos bancarios y saldos favorables de cuentas abiertas en entidades de crédito a nombre del deudor, exigiendo en tales casos que se señale una cantidad como límite máximo. En estos casos la inadmisibilidad de los embargos que no recaigan sobre bienes determinados no alcanza a exigir la **identificación numérica** de las cuentas bancarias del ejecutado, puesto que el citado precepto no lo impone, si bien no será admisible el embargo de los saldos que arrojen las cuentas corrientes sin identificar, al menos, la entidad de crédito a la que se va a dirigir la orden de retención, pero sí lo será cuando se verifique esa identificación.

3) La designación de bienes embargables constituye una **facultad**, y no una **obligación** del acreedor, al tiempo que, a tenor de la norma citada, supone un verdadero **deber** del órgano jurisdiccional requerir, de oficio, al deudor para que verifique tal designación, a los fines de trabar el oportuno embargo ( AP Las Palmas 29-3-05, EDJ 53555 ).

4) La LEC art.588 no impide en absoluto la prohibición del embargo de **cosas futuras** o de **expectativas jurídicas**, siempre que se identifiquen de un modo indubitable ( AP Alicante auto 15-2-06, EDJ 37720 , respecto de las aportaciones sucesivas de copropietarios morosos de la comunidad de propietarios). Debe tratarse de **expectativas jurídicamente relevantes** y no de meras hipótesis de consolidación de bienes y derechos en el patrimonio del ejecutado ( AP Barcelona auto 23-1-04, EDJ 67793 : la LEC art.588 no prohíbe el embargo de expectativas jurídicas que, cuando lo son de verdad, forman parte de los bienes y derechos de ejecutado, es decir, de su patrimonio; en algunos casos resultará dudoso si una expectativa es o no tal, y entonces habrá de examinarse si esa expectativa tiene una eficacia relevante a efectos jurídicos, y el valor que deba dársele; es preciso, pues, realizar un juicio de probabilidad, de que esa expectativa se convierta en acto, y no de mera posibilidad, porque posible será siempre o casi siempre).

5660 Si el **ejecutante no es capaz de señalar** bienes del ejecutado sobre los que trabar embargo que sea suficiente para asegurar los fines de la ejecución, el letrado de la Administración de Justicia mediante **diligencia de ordenación** ( LEC art.589.1 ), de oficio, requerirá al ejecutado para que **manifieste** relación de los **bienes y derechos** de su pertenencia con expresión de cargas, gravámenes y -en el caso de inmuebles- si están ocupados, por qué personas y con qué título -este requerimiento se puede llevar a cabo con la representación procesal del ejecutado, sin que sea necesario que se entienda personalmente con él ( AP Cáceres auto 30-12-2005, EDJ 232401 )-. Para asegurar la efectividad de este trámite se apercibirá del posible procesamiento por **desobediencia** grave, y se podrán imponer **multas coercitivas** por el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto ( LEC art.589.3 ).

El letrado de la Administración de Justicia, previa instancia razonada del ejecutante puede acordar, cuando aquel no pueda reclamar los datos por sí mismo o su procurador, dirigirse a **entidades financieras**, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten una relación de bienes y derechos del ejecutado de que tengan constancia ( LEC art.590 ).

La **investigación judicial** se asienta en dos **presupuestos** ( AP Salamanca auto 24-11-10, EDJ 312200 ):

1. Que la pida el ejecutante expresando las razones por las que se estima que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado; y
2. Que los datos deban obtenerse de entidades financieras, organismos y registros públicos a los que el ejecutante no hubiese podido acceder salvo que acredite documentalmente la solicitud de información y la subsiguiente falta de colaboración o inoperancia de la tentativa; por lo tanto, están a disposición de los particulares estas vías de información si lo entienden necesario para el caso que se les plantee.

5664 El ejecutante puede acceder por sí mismo al **contenido del Registro** de la Propiedad y del Registro Mercantil por medio del mecanismo de exhibición de los asientos que regulan las normas registrales. La DGRN sostiene que, ante una solicitud de esta índole, el registrador ha de calificar no solo si procede o no procede expedir la información o **publicidad formal** respecto de la finca o derecho o de la sociedad mercantil o empresario inscrito que se solicita, sino también qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información, pues cabe perfectamente que puedan proporcionarse ciertos datos registrales y no otros relativos a una misma finca o entidad. La DGRN Instr 17-2-1998 dispone que la solicitud de información sobre datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del **interés** perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro. Por su parte, la DGRN Instr 29-10-1996 obliga al registrador a **excluir de la publicidad registral** la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica, los cuales solo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular.

Por tanto, solo en cuanto a estos datos sin relevancia patrimonial ajenos a la finalidad del Registro y a los datos carentes de relevancia jurídica obrantes en los historiales registrales a que se refiere la petición de publicidad formal habrá de ceñirse la denegación de su expedición ( DGRN Resol 29-7-2010 ).

A tal fin, se regula el **deber de colaborar** de tales entidades con el letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.591 , precepto que ha de ponerse en conexión con LOPJ art.17, que consagra el deber de colaboración con la justicia en términos más generales) sin más límites que los derivados del respeto a los derechos fundamentales y los que impongan otras leyes. La indefinición de la ley dificulta el entendimiento de cuáles puedan ser las normas que se opongan al cumplimiento efectivo del deber de colaboración, entendiendo los tribunales que en los supuestos comunes no existen impedimentos ( AP Barcelona auto 21-2-01 ). Para asegurar su efectividad se establece que pueden imponerse **multas coercitivas** para el caso de incumplimiento.

5674 **Determinación de los bienes embargables**  
(LEC art.605 a 608 )

Una vez que se cuenta con una **relación de bienes** de titularidad del ejecutado o ejecutados, se procede a determinar cuáles de ellos son embargables.

En principio, **todos los bienes** del deudor quedan afectos al pago de sus obligaciones por ministerio del principio general de responsabilidad patrimonial universal reconocido en el CC art.1911 , pero tradicionalmente las leyes procesales civiles han **excluido** del embargo determinados bienes, sobre la base de tres fundamentos siguientes:

- ser bienes **fuera de comercio**;
- ser bienes que atienden al **mínimo vital de subsistencia**; y
- ser bienes que permiten al ejecutado **generar rentas**.

La trascendencia de esta exclusión es que el embargo trabado sobre bienes inembargables es nulo de pleno derecho. El ejecutado puede denunciar esta **nulidad** ante el tribunal mediante los **recursos** ordinarios, o por simple comparecencia si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo ( LEC art.609 ).

La ley regula la posibilidad de que determinados bienes puedan ser considerados como no embargables, así como los efectos derivados de incumplirse dicha prohibición. Con carácter general, ha de valorarse que la **no embargabilidad** de determinados bienes ha de considerarse conforme al ordenamiento constitucional, pues así lo ha declarado el TCo 166/1998 , que concluyó que el embargo en cuanto medida de ejecución forzosa puede estar sujeto a concretas **limitaciones** legales, limitaciones cuya genérica justificación constitucional se halla en que Const art.24.1 no reconoce un derecho incondicional y absoluto a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por las vías procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal. En el mismo sentido, TCo 107/1992 : debe reputarse legítimo desde el punto de vista constitucional que el legislador, con un fundamento objetivo y razonable, impida que la potestad de ejecución forzosa pueda dirigirse sobre determinados bienes. Así, por **ejemplo**, el legislador puede legítimamente, con fundamento en la dignidad de la persona, excluir de la ejecución forzosa aquellos bienes que sirven a la subsistencia en condiciones mínimamente dignas de los particulares; y, del mismo modo, los principios de legalidad presupuestaria y de continuidad de los servicios públicos, entre otros, sirven de fundamento a la exclusión de la ejecución forzosa respecto de bienes de titularidad pública; si bien en tales casos los tribunales cuentan con



potestades compulsivas suficientes que sustituyen a las de ejecución forzosa en sentido estricto. Recuerda la doctrina constitucional en la materia la AP Burgos auto 22-11-02, EDJ 136148 .

### 5676 Bienes fuera de comercio

Se trata de los bienes fuera de comercio, que **no** pueden ser objeto de **venta forzosa**, bien por propia naturaleza - por carecer de valor patrimonial- o por disposición de la Ley.

En esta categoría de bienes *res extra commercium* se incluyen:

1. Como **absolutamente inembargables** ( LEC art.605 ), cualquiera que sea la persona a quien pertenecen:

- los bienes que hayan sido declarados inalienables;
- los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal;
- los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; y
- los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.

2. Como **inembargables de pertenencia del ejecutado** ( LEC art.606 ):

- los bienes declarados inembargables por tratados internacionales ratificados por España; y
- las cantidades declaradas inembargables por ley o por tratado internacional.

Junto a esta enumeración, ha de mencionarse la inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes de **dominio público** ( Const art.132 ; TCo 166/1998 ).

#### Precisiones

1) Son **absolutamente inembargables**, por ejemplo, los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda local, en la medida en que no se puede exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público, por mandato de LHL art.173.2º ( AP Huelva auto 11-6-09, EDJ 294756 ).

2) Los **bienes patrimoniales** no afectos a uso o servicio público, esto es, los bienes patrimoniales propiamente dichos, porque como es sabido la vinculación con el uso o servicio público determina la demanialidad de los bienes públicos por **afectación tácita**, sí pueden ser embargados en el seno del juicio ejecutivo ( AP Valencia auto 21-3-03, EDJ 28928 ).

3) Los **bienes comunales** no son embargables en la medida en que participan de las notas características propias del estatuto jurídico de los bienes de dominio público, entre ellas la inalienabilidad ( AP Salamanca auto 18-1-05, EDJ 9893 ).

### 5678 Mínimo vital de subsistencia

( LEC art.606 a 608 )

Son también inembargables los bienes que atienden al mínimo vital de subsistencia del **deudor** y su **familia**. Así se declaran:

1. Aquellos bienes que, a juicio del tribunal, resulten **imprescindibles** para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable **dignidad** a su subsistencia, enumerando a título de ejemplo el mobiliario, menaje de la casa y ropas no superfluos, alimentos y combustible.

2. Los sueldos, pensiones, retribuciones o su equivalente que no excedan de la cuantía del **salario mínimo interprofesional** ( SMI ) ( LEC art.607.1 ). Los que sean superiores al SMI se embargan conforme a esta escala:

- para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del **doblo** del SMI, el 30%;
- para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un **tercer** SMI, el 50%;
- para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un **cuarto** SMI, el 60%;
- para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un **quinto** SMI, el 75%;
- para **cualquier cantidad** que exceda de la anterior cuantía, el 90%.

Si el ejecutado es beneficiario de **más de una percepción**, se acumulan todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable.

Igualmente son acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el **régimen económico** que les rijan no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que han de acreditar al letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.607.3 ).

En atención a las **cargas familiares** del ejecutado, el letrado de la Administración de Justicia podrá aplicar una **rebaja** de entre un 10% y un 15% en los porcentajes establecidos en los cuatro primeros apartados anteriores.

Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieran gravados con **descuentos permanentes** o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la **cantidad líquida** que percibiera el ejecutado, deducidos estos, será la que sirva de tipo para regular el embargo.

Los tribunales interpretan mayoritariamente esta regla en el sentido de que, aun cuando sean **varios los acreedores embargantes**, en todo caso han de respetarse inexorablemente los límites que señala la LEC art.607 , de tal modo que si existen varias deudas, y una sola de las retenciones ya abarca tal límite, no son acumulables las sucesivas que deban hacerse a un deudor sobre su sueldo, pensión o retribución, por lo que no basta para retener por una segunda o posteriores órdenes judiciales con restar de la retribución inicial el importe de las precedentes, aplicando nuevamente a la diferencia resultante los porcentajes de LEC art.607 , porque la literalidad de este precepto no permite dicha interpretación extensiva, que vulneraría además la inembargabilidad de la remuneración mínima legal y lo que exceda de los porcentajes señalados en la escala fijada al efecto, contraviniendo igualmente la prelación normal de créditos; y porque la aplicación del mencionado criterio daría lugar, por otro lado, a que con un número determinado de órdenes judiciales de retenciones el ejecutado se viera privado de sus retribuciones, salvo únicamente por el importe del salario mínimo interprofesional; de modo que, aun admitiendo la posibilidad de que concurren **varios embargos sobre un mismo sueldo**, en ningún caso el total retenido podrá superar la cuantía o porcentaje que se fija en las escalas referenciadas, por ser esta inembargable al hallarse destinada a la atención de las necesidades básicas del deudor y su familia, lo cual impide también que la retención del sueldo por embargo pueda encajarse en los descuentos permanentes o transitorios a que hace mención el actual párrafo quinto de LEC art.607 ( AP Bizkaia auto 28-10-10, EDJ 256655 ).

Las reglas anteriores son de aplicación a los ingresos procedentes de **actividades profesionales y mercantiles** autónomas ( LEC art.607 ).

**5680** Las cantidades embargadas de conformidad con lo expuesto podrán ser **entregadas directamente** a la parte ejecutante, en la cuenta que esta designe previamente, si así lo acuerda el letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución. En este caso, tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega, como el ejecutante, deberán informar trimestralmente al letrado de la Administración de Justicia sobre las sumas remitidas y recibidas, respectivamente, quedando a salvo en todo caso las alegaciones que el ejecutado pueda formular, ya sea porque considere que la deuda se halla abonada totalmente y en consecuencia debe dejarse sin efecto la traba, o porque las retenciones o entregas no se estuvieran realizando conforme a lo acordado por el letrado de la Administración de Justicia. Contra la resolución del letrado de la Administración de Justicia acordando tal entrega directa cabrá **recurso directo de revisión** ante el tribunal ( LEC art.607.7 ).

**5681** El embargo de estas rentas puede ser excepcionalmente superior para atender el pago de una **obligación alimenticia** legal, en el ámbito de ejecución de sentencias o medidas cautelares en procesos que versen sobre alimentos, nulidad, separación o divorcio ( LEC art.608 ).

Esta regla debe aplicarse a la **pensión compensatoria**, por las razones siguientes ( AP Sevilla auto 7-2-08, EDJ 214543 ; AP Bizkaia auto 6-7-04, EDJ 180360 ):

a) Desde el **punto de vista sustantivo**, o de Derecho material, la pensión compensatoria del CC art.97 tiene naturaleza distinta de la pensión alimenticia de CC art.142 s. , pues no se basa en la idea de atender a las necesidades vitales sino en el **desequilibrio económico** que la ruptura de la convivencia matrimonial provoca en uno de los cónyuges comparando su situación actual con la anterior; la pensión compensatoria es un **derecho personal** del cónyuge al que, con motivo de la crisis matrimonial, se le causa un empeoramiento en su *status* económico en relación con el disfrutado durante la vida en común, y se encuentra en una posición desventajosa respecto de la mantenida por el otro, constituyendo un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o del divorcio;

b) Desde el **punto de vista procesal**, la LEC art.608 utiliza el término alimentos, por lo que una interpretación meramente literal y rígida del precepto impediría su aplicación a la pensión compensatoria dada su diferente naturaleza y finalidad; sin embargo, la expresión legal **alimentos debidos al cónyuge** debe entenderse en sentido amplio, comprensivo de la pensión compensatoria, pues si se considera que es empleada en sentido estricto carecerá de sentido aplicada a alimentos a favor del cónyuge en procesos de divorcio y nulidad, en los que con el principal pronunciamiento desaparece el vínculo matrimonial sobre el que se asienta la obligación alimenticia; la palabra alimentos debe abarcar las prestaciones económicas periódicas y fraccionadas, establecidas en un proceso matrimonial tanto a favor de los hijos comunes como de uno de los cónyuges, bien como pensión alimenticia bien como pensión compensatoria por desequilibrio regulada en el CC art.97 , precepto que contempla como factores de

cuantificación el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, idénticos a los baremos de fijación de alimentos.

5682

#### Precisiones

1) La referencia expresa a los ingresos procedentes de **actividades profesionales y mercantiles autónomas**, introducida en LEC art.607 , avala la conclusión de que la anterior normativa no preveía la inembargabilidad de ese tipo de ingresos y se refería únicamente a aquellos que el ejecutado percibía de manera fija y periódica, cuya cuantía podía calcularse en el momento de practicarse el embargo, a los efectos de aplicar los porcentajes previstos teniendo en cuenta el SMI ( AP Gipuzkoa 20-2-06, EDJ 72617 ).

2) Si el sueldo de una persona es equivalente al **SMI más una cantidad** [ $S = (SMI + c)$ ], se puede embargar el mismo según la proporción en que se exceda del SMI. Ello determinará el porcentaje embargable ( $E = \text{por } 100c$ ). Si sobre ese sueldo ya recae un embargo anterior, lógicamente la cantidad que queda disponible para una **nueva traba** debe determinarse restando de  $c$  la cuantía que ya es objeto de embargo previo (llamémosle  $d$ ). Así, el límite de embargabilidad será ( $E = \text{por } 100 c - d$ ) ( AP Huelva 15-5-03, EDJ 59779 ).

3) También son inembargables los **bienes sacros y dedicados al culto de las religiones** legalmente registradas ( LEC art.606.3º ).

4) La regla contenida en LEC art.608 no altera ni el **orden de embargos** ni la **preferencia entre ejecuciones** o procedimientos de ejecución, ni entre embargos. Únicamente permite inaplicar, en todo o en parte, la escala de embargabilidad contenida en LEC art.607 .

5) Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán, por deudas exigibles en territorio español de los Estados extranjeros beneficiarios de **fondos de ayuda al desarrollo** -FAD-, despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos y valores producto de la realización, liquidación y pago por parte de la autoridad española concedente o su agente financiero, de los créditos y préstamos otorgados con cargo a los FAD.

Los FAD son créditos que concede el Estado español a **Estados extranjeros**, que convocan licitaciones según su propia legislación de contratos para adjudicar a empresas españolas contratos de suministro de bienes, realización de servicios o ejecución de obras.

#### 5684 Bienes que generan rentas

(LEC art.606.2º)

Son inembargables los bienes que permiten al ejecutado generar rentas con que atender al pago de la deuda: **libros e instrumentos** del ejecutado necesarios para el ejercicio de su **profesión, arte u oficio**, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada. Ambos requisitos -adscripción al ejercicio de la actividad profesional del ejecutado y desproporción respecto de la cuantía de la deuda ejecutada- deben concurrir para que no proceda el embargo respecto de tales bienes ( AP Zamora Auto 8-3-07, EDJ 104279 ).

#### 5686 Regla para la protección del núcleo familiar

(RDL 8/2011 art.1; LH art.129)

Se aplica en **supuestos de ejecución forzosa** subsiguiente, basada en el mismo título ejecutivo, a la ejecución de **vivienda habitual hipotecada** en la que el precio obtenido por la venta de esta sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado con la hipoteca que se ejecuta.

Con arreglo a la misma, la **cantidad inembargable** resultante de LEC art.607.1 -importe del salario mínimo interprofesional (nº 5678 )- se incrementará en un **50%** y, además, en otro **30%** del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

A estos efectos, se entiende por **núcleo familiar** el constituido por el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Esta regla incrementa los porcentajes respecto de la regulación anterior ( RDL 6/2010 art.15 derogado por RDL 8/2011 ), que los fijaba en un 10% y, además, en otro 20% adicional por cada miembro del núcleo familiar que no dispusiera de ingresos propios regulares, salario o pensión.

Los **sueldos, salarios, jornales, pensiones o retribuciones** que sean superiores a las cuantías resultantes de aplicar la regla de protección del núcleo familiar expuesta se someten a la escala de embargabilidad establecida en LEC art.607.2 (nº 5678 ).

#### Precisiones

- 1) Esta medida legislativa trata de dar respuesta a la situación especialmente difícil de las personas que en el contexto de crisis económica pierden su vivienda por ejecución hipotecaria y tienen que seguir satisfaciendo las deudas contraídas en su día para su adquisición, y apunta, bien que tímidamente, a la **limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario** al valor de realización del bien hipotecado, cuestión esta que ha generado cierto debate en los últimos tiempos y que ha llegado, incluso, a encontrar eco en algún que otro pronunciamiento judicial. En particular, el polémico AP Navarra auto 17-12-10, EDJ 297286 , que llega a culpar al acreedor hipotecario, en su condición de entidad financiera, del descenso del valor de la vivienda hipotecada debido a la crisis, exonerando al deudor hipotecario de la obligación de hacer frente al exceso de deuda no satisfecho con la ejecución de la vivienda.
- 2) Recientemente se ha anunciado en sede parlamentaria el incremento de los porcentajes relativos a la cantidad inembargable con posterioridad a la ejecución de la vivienda hipotecada, como **medida adicional de protección** ante la crisis económica.
- 3) Los **porcentajes** establecidos por el RDL 8/2011 se aplican desde el 7-7-2011, fecha de su entrada en vigor ( RDL 8/2011 disp.final 3ª ).
- 4) Hay que tener en cuenta las modificaciones incorporadas por la L 1/2013 en LH art.129 y LEC art.552 s. En particular, se establece la posibilidad de que si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual **aún quedara deuda por pagar**, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá **condonar parte del pago** de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago. Además, se permite que el deudor participe de la eventual **revalorización futura** de la vivienda ejecutada.

5688 **Orden para la práctica del embargo de los bienes**  
(LEC art.592.1)

Una vez que se ha determinado cuáles son los bienes susceptibles de embargo, deben señalarse criterios de orden para la verificación de embargos hasta la **completa satisfacción** de la pretensión del ejecutante.

Debe atenderse primero a lo que las partes hubiesen **pactado**, dentro o fuera de la ejecución.

El letrado de la Administración de Justicia, subsidiariamente, aplicará ( LEC art.592.1 ):

- en defecto de pacto, el orden que considere oportuno atendiendo a la **facilidad de enajenación** y la **menor onerosidad** para el ejecutado -lo dispuesto en el apartado primero de LEC art.592 es prioritario al orden establecido en el apartado segundo del mismo precepto, por lo que habrá de ser el criterio de la menor onerosidad el que se tenga en cuenta de modo preferente ( AP Cuenca auto 5-10-10, EDJ 243862 )-;

- si lo pactado o los criterios genéricos anteriores son de **imposible o muy difícil aplicación**, el siguiente orden ( LEC art.592.2 ):

1º **Dinero o cuentas corrientes** de cualquier clase.

2º Créditos y derechos realizables en el **acto o a corto plazo**, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a **negociación** en un mercado secundario oficial de valores.

3º **Joyas y objetos de arte.**

4º **Rentas en dinero**, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo. Este precepto se refiere a las rentas de **toda especie**, incluso las **vitalicias**, provenientes de bienes muebles o inmuebles, las cuales son fácilmente diferenciables de los sueldos y pensiones de LEC art.607 que establece de forma detallada y expresa los límites del embargo de sueldos y pensiones, tratando de establecer un mínimo vital acorde a la dignidad, y que determina en relación con el salario mínimo interprofesional ( AP A Coruña auto 2-5-07, Rec 570/06 ).

5º **Intereses, rentas y frutos** de toda especie.

6º Bienes **muebles** o semovientes, **acciones**, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales.

7º Bienes **inmuebles.**

8º **Sueldos**, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.

9º Créditos, derechos y valores realizables a **medio y largo plazo.**

La infracción de este orden determina la nulidad de la ejecución practicada ( AP Valencia auto 9-9-02, Rec 5005/02 ), ya que la LEC art.592 se considera una **norma de orden público** y por lo tanto de *ius cogens* ( AP Zaragoza auto 22-12-09, EDJ 383732 ).

También se puede decretarse el embargo de **empresas** cuando resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales ( LEC art.592.3 ).

Como **regla general**, aplicable en todo caso, el previsible valor del bien embargado no debe exceder de la cantidad por la que se ha despachado ejecución, salvo que no se puedan encontrar de valor inferior ( LEC art.584 ).

## 5690 Procedimiento para efectuar el embargo

(LEC art.621 a 624 )

El embargo procede una vez **despachada la ejecución** ( LEC art.585 ). Se entiende hecho desde que se decreta por resolución del letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.587.1 ) o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado todavía medidas de garantía o publicidad de la traba.

El letrado de la Administración de Justicia adoptará inmediatamente dichas **medidas de garantía y publicidad**, expidiendo de oficio los despachos precisos, de los que, en su caso, se hará entrega al procurador del ejecutante que así lo hubiera solicitado ( LEC art.587.1 *in fine*).

La LEC especifica el **contenido mínimo** de dicha resolución judicial, y determina cómo debe llevarse a la práctica en relación con cada tipo de bienes. Así:

**1. Embargo de dinero, sueldos, pensiones** u otras prestaciones periódicas: se ordena su retención a la entidad depositaria o pagadora de los mismos, y su ulterior ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado ( LEC art.621.1 y 3 ).

**2. Embargo de saldos favorables en cuentas** abiertas en entidades de crédito, ahorro o financiación: se ordena su retención a la entidad depositaria ( LEC art.621.2 ).

**3. Embargo de intereses, rentas y frutos:** se dicta orden de retención a quien deba pagarlos o los perciba. Si son intereses se ingresan en la cuenta de depósitos o consignaciones ( LEC art.622 ). Este precepto permite poner los bienes bajo administración judicial ( AP Valencia auto 3-2-09, EDJ 99805 ) cuando la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen, y en caso de que se comprobare que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden de retención o ingreso de los frutos y rentas a que se refiere el apartado primero del citado artículo.

**4. Bienes muebles:** se hace constar en acta la diligencia de embargo en la que se incluirá (a este respecto, AP Las Palmas auto 22-7-10, EDJ 273267 ):

- la descripción detallada de la situación física y jurídica del objeto del embargo, esto es, la **relación** de los bienes embargados, con **descripción**, lo más detallada posible, de su forma y aspecto, características principales, estado de uso y conservación, así como la clara existencia de defectos o taras que pudieran influir en una disminución de su valor; para ello se utilizarán los medios de documentación gráfica o visual de que la oficina judicial disponga o que le facilite cualquiera de las partes para su mejor identificación;

- las **manifestaciones** efectuadas por quienes hayan intervenido en el embargo, en especial las que se refieran a la **titularidad** de las cosas embargadas y a eventuales **derechos de terceros**; y

- persona a la que se designa **depositario** y **lugar** donde se depositan los bienes.

**5. Bienes inmuebles:** se rige por las normas generales.

**6. Embargo de valores e instrumentos financieros:** se ordena al obligado a reembolsar su importe y al pago de rendimientos la retención a disposición del tribunal de tales cantidades. Esta norma se precisa para:

- el caso de valores cotizables en **mercado secundario oficial**, imponiendo esta obligación al órgano rector del mercado y a la entidad encargada de la compensación y liquidación;

- participaciones en personas jurídicas que **no cotizan** en mercados secundarios oficiales, imponiendo tales obligaciones a los administradores de las mismas ( LEC art.623 ).

## 5692

### Precisiones

Es posible el embargo sobre **saldos y depósitos bancarios** siempre que se determine por medio de auto una cantidad como límite máximo. La ley pretende evitar peticiones genéricas de embargo, pero no hay razón legal que impida la validez del embargo practicado sobre esos posibles saldos que la entidad demandada posee en los bancos y cajas de ahorro que designó la parte actora ( AP Madrid 23-4-04, EDJ 114618 ).

## 5694 Efecto de los embargos

(LEC art.612 y 613 )

El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la **realización de los bienes** embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los **intereses** que procedan y las **costas** de la ejecución. Hasta que no se satisfagan plenamente dichas cantidades no podrán aplicarse las sumas

realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en **tercería de mejor derecho** (nº 5740 s. ).

Como dice la AP Barcelona auto 29-11-06, EDJ 418665 , el embargo concede al acreedor el derecho al **cobro íntegro** de su crédito, de acuerdo con LEC art.613.1 que contiene un criterio, o **regla general** o principal, conforme al cual el derecho es al cobro íntegro sin que del mismo se desprenda que la cantidad que aparece en la anotación de embargo constituya un límite de responsabilidad. Ese derecho viene confirmado por el apartado segundo del mismo precepto. En el mismo sentido hay que entender lo dispuesto por LEC art.610 , en materia de **reembargo**, y por LEC art.613.3 que establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando los bienes sean de las clases que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la respectiva anotación en la fecha en que aquellos hubieran inscrito su adquisición, apartado del que no se desprende que todo tercer poseedor y posterior adquirente del bien embargado pueda liberar el bien pagando únicamente las cantidades concretas que aparezcan consignadas en la anotación, porque esta norma lo que contempla es una **excepción** a la regla general antes expuesta, excepción que se ciñe a los casos en los que esos terceros poseedores hayan adquirido dichos bienes en otra ejecución, y, como tal excepción y limitación a una regla general, ha de ser interpretada restrictivamente.

5696 Mediante providencia dictada a instancia de parte, no recurrible, el embargo o sus medidas de garantía pueden ser **mejorados** -a instancia del ejecutante-, **reducidos** -a instancia del ejecutado- o **modificados** de otra manera en los casos de admisión o estimación de tercerías de dominio, modificación de la cantidad por la que se despacha ejecución, cuando un cambio de circunstancias permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados o puedan ser variadas sin peligro para los fines de la ejecución. Como consecuencia de la reforma de la ley será el letrado de la Administración de Justicia quien resolverá, mediante **decreto**, sobre estas peticiones de mejora o reducción. Contra dicho decreto cabrá **recurso directo de revisión** que no producirá efectos suspensivos ( LEC art.612.2 ).

Como dice la AP Cádiz auto 14-7-09, EDJ 272185 , resumiendo esta cuestión ejemplarmente, la LEC parte del principio civil-procesalista de **total satisfacción** ( LEC art.570 ) y, en consonancia con el mismo, la LEC art.613.1 da a entender que el alcance del embargo es conceder al embargante el derecho a percibir el producto de la realización de los bienes embargados hasta donde alcance -en aquel momento- a satisfacer el importe de la deuda que conste en el título -despacho de ejecución y mandamiento de embargo- los intereses que procedan y las costas de ejecución, de manera que solo pueda aplicarse el producto a ningún otro crédito salvo que haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho.

Por otra parte, y respecto de los **terceros adquirentes** del dominio en virtud de otra ejecución, el límite de su responsabilidad será ciertamente abonar las cantidades que, para satisfacción de principal, intereses y costas aparecieran consignadas en la anotación (es decir, según el Registro) en el momento de inscripción de su adquisición ( LEC art.613.3 ). Al efecto de evitarse el embargante los perjuicios consecutivos al juego de ese precepto y del transcurso del tiempo, la LEC art.613.4 les permite pedir que se mande hacer constar en la anotación preventiva el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses devengados durante la ejecución y de costas de esta.

Y, por último, para los **restantes adquirentes** entre la anotación y el remate, el límite no es el de LEC art.613.3 , sino el del efectivo alcance, a la fecha que pretendan la liberación del bien, previa demostración de la inscripción de su título, de la responsabilidad de dicho bien ( LEC art.662.3 ).

5698

#### Precisiones

1) Así pues, los **acreedores posteriores**, que no son terceros hipotecarios, aunque tengan su crédito anotado o inscrito, no tienen derecho a cobrar con el producto de la realización del bien embargado, mientras no haya sido satisfecho el ejecutante por completo del principal y de todo lo que, definitivamente, se adeude por **intereses y costas**, aunque supere la cantidad preventivamente anotada, a no ser que su crédito haya sido declarado preferente en un procedimiento de **tercería de mejor derecho**. En ese sentido se pronuncia la LEC art.672 que, al referirse el destino de las sumas obtenidas en la **subasta de inmuebles**, se remite a LEC art.654.1 ( AP Sevilla 3-12-03, EDJ 263162 ).

2) Los adquirentes de los bienes que traigan su causa del ejecutado con posterioridad a la traba carecerán de **legitimación** para interponer demandas de **tercería de dominio** ( LEC art.595 ).

5700 **Reembargo y embargo del sobrante**

(LEC art.610 y 611 )

Los bienes y derechos embargados podrán ser reembargados de acuerdo con LEC art.610 . El reembargante tendrá derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la **realización** de los bienes reembargados una vez satisfechos los derechos de los ejecutantes a cuya instancia se hubiesen decretado embargos anteriores.

Sin embargo, podrá él mismo reembargante solicitar independientemente la **realización forzosa** de los bienes:

- cuando se alzarán todos los embargos preferentes, subsistiendo el suyo;
- cuando los derechos de embargantes anteriores no hayan de verse afectados por aquella realización.

Podrán pedirse al letrado de la Administración de Justicia medidas de **aseguramiento** del reembolso que no perjudiquen la eficacia de las medidas de aseguramiento o ejecución de embargos preferentes que se hubieran adoptado.

5702 Respecto de esta materia, la Dirección General de Registros y del Notariado manifiesta que la LEC impone claramente que el **efecto del reembolso** quedará supeditado a la previa satisfacción del embargante anterior, de modo que ese segundo embargo en modo alguno puede menoscabar ese derecho al íntegro cobro por el acreedor embargante. De forma que si los demás acreedores del deudor embargado, en cuanto tales acreedores, no pueden impedir que el actor embargante se cobre íntegramente con cargo al bien trabado, si no interponen y triunfan en la correspondiente tercería de mejor derecho, y si claramente se establece que el reembolso no puede perjudicar de ningún modo al embargante anterior, no hay razón para que la extensión de **anotación de embargo posterior** impida reflejar en la anotación del primer embargo ese exceso de lo ya devengado por intereses y costas sobre lo inicialmente previsto en la ejecución en que se acordó, pues, en definitiva, se trata de desenvolver registralmente un derecho, el del cobro íntegro de ese primer embargante, que la ley le reconoce indubitadamente; y que confirma expresamente ante la existencia de otros probables acreedores y de otros posibles embargos posteriores ( DGRN Resol 12-2-05 ).

La LEC art.610 guarda una conexión estrecha con LEC art.613.3 , de forma que los límites que se imponen al reembolso no impiden que un segundo acreedor pueda instar la realización del bien, porque, en definitiva, el rematante, o el mismo ejecutante en caso de adjudicación, lo adquieren con el embargo anterior.

En definitiva, se convierten en **terceros poseedores** de bienes afectados, por lo que responderán con ellos del pago de los créditos anteriores cuando les sean reclamados.

Puede asimismo pedirse, al amparo de LEC art.611 , el embargo del sobrante de la realización forzosa de bienes realizada. La cantidad que sobre, una vez satisfechos el **ejecutante** y -si el bien realizado era inmueble- los **acreedores** que tuvieran su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante, y que tengan preferencia sobre el acreedor reembargante, se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones a disposición del juzgado que ordenó el embargo del sobrante para su disposición en el proceso donde se ordenó el embargo del sobrante.

Sobre el **reparto** de este, ver nº 7575 .

La determinación de la **preferencia entre los concurrentes al reparto del sobrante**, y, señaladamente, entre el acreedor que lo ha embargado y los titulares de anotaciones posteriores a la carga ejecutada, se deberá efectuar en un trámite específico para comparar las preferencias concurrentes, pero que carece de la condición de tercería ( AP Bizkaia 7-3-04, EDJ 172289 ; AP Zaragoza 4-12-02 , EDJ 68023 ; AP Castellón 23-9-00 , EDJ 119961 ).

#### Precisiones

Cuando regula la figura del reembolso, y de acuerdo con el principio de prioridad o prevención, se cuida la LEC de fijar de manera absolutamente clara que tal medida nunca podrá entorpecer los derechos de los embargantes preferentes, quienes tendrán absoluta **preferencia** a ver satisfechos sus intereses con antelación y sin ninguna limitación, lo que nos impide entender que la cantidad por la que se hubiese despachado la ejecución suponga un límite a los intereses del primer acreedor embargante ( AP Cádiz auto 14-7-09, EDJ 272185 ).

#### 2. Aseguramiento de la eficacia de los embargos

5705 El embargo debe afectar a todas las personas que, tras adoptarse la medida procesal, adquieran el **dominio del bien**, cualquier derecho sobre el mismo o que pretendan hacer efectivos los créditos que les correspondan sobre el citado bien. Para que tal medida pueda afectarles, en aplicación de los principios que tutelan la buena fe, debe exigirse que los mismos tengan **conocimiento** del citado acto que, ordinariamente, les vendrá dado por determinados actos que permiten exteriorizar la circunstancia que en un proceso judicial se ha llevado a cabo la **afección** de determinados bienes del ejecutado para asegurar el resultado del procedimiento judicial ( AP Madrid 15-3-05, EDJ 20890 ).

En efecto, para asegurar que el embargo conserva su eficacia hasta la realización de los bienes y el pago al ejecutante, se prevén tres **medidas de garantía**:

1. La **anotación preventiva** (nº 5707 ).
2. El **depósito judicial** de los bienes.(nº 5710 ).
3. La **administración judicial** (nº 5714 ).

## 5707 Anotación preventiva (LEC art.629)

Se aplica a bienes **inmuebles** o a otros bienes susceptibles de **inscripción registral**.

El letrado de la Administración de Justicia, a instancias del ejecutante, librará **mandamiento** para que se haga anotación preventiva de embargo en el registro correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en función del registro en el que la anotación haya de practicarse. Si el bien **no** está **inmatriculado**, o lo está a favor de persona distinta del ejecutado pero que traiga causa de este, se practicará anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria. Desde el punto de vista registral este precepto consagra el carácter subsanable el defecto de falta de tracto cuando el disponente trae causa del titular registral y así lo alega en el título que presenta primero en el Registro de la Propiedad, que establece RH art.105 y que encuentra su equivalente en relación con las anotaciones preventivas de embargo en RH art.140.1 ( DGRN resol 11-12-10 ).

Como regulación específica a efectos de esta anotación preventiva, la responsabilidad de los **terceros poseedores** que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran precisadas en el registro ( LEC art.613.3 y 4 ). Los tribunales son contundentes a la hora de limitar la responsabilidad del tercero en este supuesto a lo que pueda resultar de la anotación preventiva de embargo que no le era dable desconocer en el momento en el que adquirió la condición de tercero, siempre que su adquisición traiga causa de otra ejecución ( AP Barcelona auto 29-11-06, EDJ 430786 ).

Sobre el **alcance** de la anotación preventiva, sigue vigente la interpretación extensiva. Esta corriente entiende que el principio de concreción de la responsabilidad no juega en las anotaciones preventivas de embargo, y que, por ello, la responsabilidad a la que se enfrentan los terceros y de la que se beneficia el ejecutante solo debe venir delimitada por **elementos ajenos al registro** como es el resultado del proceso de ejecución ( AP Madrid 15-3-05, EDJ 20890 ).

## 5710 Depósito judicial de los bienes (LEC art.625 a 628 )

Se trata de una medida de aseguramiento que puede acordarse por el juez o tribunal para garantizar la eficacia del embargo de bienes **muebles** o **derechos**.

Parece que el letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.622.3 ) deberá acordar el depósito en los casos en que no se cumplan las obligaciones de retención o ingreso, lo aconsejen las circunstancias del deudor o la naturaleza y entidad de los bienes ( LEC art.622 y 626 ).

Pueden ser designados **depositarios**, atendiendo a la naturaleza de los bienes y a su situación posesoria, el ejecutante, el ejecutado, el tercer poseedor de los bienes, establecimiento público o privado que se considere más adecuado, los colegios de procuradores o cualquier otra persona. Los tribunales subrayan el hecho de que la ley otorga una gran margen de arbitrio al juez en el momento del **nombramiento** del depositario, pudiendo este optar motivadamente entre varios posibles candidatos, si bien este margen de discrecionalidad se reduce sensiblemente cuando se trata de ordenar la **revocación** de este nombramiento inicial para nombrar a un nuevo depositario, pues la LEC art.627 limita drásticamente dicha posibilidad de revocación y cambio posterior del depositario inicial al condicionarla a la concurrencia de un motivo tasado: el incumplimiento de los deberes del depositario ( AP Barcelona auto 15-1-04, Rec 1487/03 ).

La designación de depositario se hace mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia, que debe notificarse a las partes, requiriendo la **aceptación** del designado depositario ( LEC art.626.4 ).

## 5712 Como **efectos** del depósito se contemplan:

1. En cuanto a los **sujetos**, el depositario judicial está **obligado** a:

- conservar los bienes con la debida diligencia a disposición del tribunal;
- exhibirlos en las condiciones que el letrado de la Administración de Justicia indique ( LEC art.627.1 ); y
- entregarlos a la persona que el letrado de la Administración de Justicia designe.

La ley permite que el depositario use los bienes cuya custodia se le confía, siempre que este **uso** sea acorde a la naturaleza de tales bienes ( AP Madrid auto 20-10-05, EDJ 186599 : la LEC art.627 establece que son obligaciones del depositario judicial las de conservar los bienes con la debida diligencia a disposición del juzgado, exhibirlos cuando se le requiera para ello y entregarlos a la persona que se le indique; nada dice la Ley acerca de la prohibición de uso del bien, y nótese sin embargo que la LEC art.626 establece que se constituirá como depositario al poseedor de los bienes, si estos se dedican a un proceso productivo, de lo que se deduce que podrá seguir en el uso derivado de tal posesión y para dicho proceso. Por extensión analógica de este precepto debe considerarse que las obligaciones del apelado, en relación con el bien asegurado, se limitan a su **conservación diligente** y mantenimiento a disposición



del órgano jurisdiccional para su eventual restitución al apelante. Su **uso**, conforme a la finalidad que le es propia, y no siendo perecedero el bien, no se contradice con tales obligaciones).

A instancia de parte o, de oficio, si no cumple sus obligaciones, el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto podrá **remover de su cargo** al depositario, designando a otro. Hasta que se nombre depositario y se entreguen los bienes, las obligaciones de este incumben, sin necesidad de previa aceptación ni requerimiento, al **ejecutado** y, si concedieron el embargo, a los administradores, representantes o encargados o al tercero en cuyo poder se encontraron los bienes ( LEC art.627.2 ).

El depositario tiene derecho -si no se trata del ejecutante, el ejecutado o el tercer poseedor- al **reembolso** de los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones y a verse resarcido de los **daños y perjuicios** que sufra a causa del depósito ( LEC art.628 ).

**5713 2.** En cuanto a los **objetos**, desde que se depositen o se ordene su retención, tendrán la consideración de efectos o caudales públicos. De esta manera se otorga una especial protección al embargo respecto de posibles actos irregulares de los particulares encargados del depósito o administración de los objetos embargados mediante los tipos previstos en el CP art.432 a 435 .

En cuanto a su **extinción**, se completa la regulación general del Código civil con la mención de la **remoción** del depositario de oficio o a instancia de parte, designando a otro, cuando se incumplan las obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que hubiera incurrido el depositario removido.

#### Precisiones

El **precinto de los vehículos** por la Guardia Civil debe de significarse que en modo alguno implica que el Benemérito Cuerpo se constituya en depositaria de los vehículos, sino como mera ejecutora de una medida de garantía de la remoción acordada ( AP Madrid 21-3-06, EDJ 68387 ).

**5714 Administración judicial**  
(LEC art.630 a 633 )

Puede constituirse la administración judicial cuando se embarga una **empresa o grupo de empresas**, la mayoría de su capital social (no se pueden tener en cuenta a estos efectos las ampliaciones de capital no inscritas en el momento de procederse a decretar el sometimiento a administración, AP Valladolid auto 14-5-02, EDJ 45800 : los requisitos para la constitución de la administración judicial a que se refiere el LEC art.630 deben concurrir propiamente al tiempo de constitución de la administración y no al del embargo), o del patrimonio común, o de los bienes o derechos pertenecientes o adscritos a las empresas, así como en el supuesto previsto en LEC art.623.2 y 3 .

Para la constitución de la administración judicial se citará de **comparecencia** ante el letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución a las **partes** y, en su caso, a los **administradores** de las sociedades, cuando estas no sean la parte ejecutada, así como a los **socios o partícipes** cuyas acciones o participaciones no se hayan embargado, a fin de que lleguen a un acuerdo o efectúen las alegaciones y prueba oportunas sobre el nombramiento de **administrador judicial**, persona que deba desempeñar tal cargo, exigencia o no de caución, forma de actuación, mantenimiento o no de la administración preexistente, rendición de cuentas y retribución procedente. A los interesados que no comparezcan injustificadamente se les tendrá por conformes con lo acordado por los comparecientes.

Si existe **acuerdo**, el letrado de la Administración de Justicia establecerá por medio de **decreto** los términos de la administración judicial en consonancia con el acuerdo.

Para la resolución de los extremos en que **no exista acuerdo**, o medie oposición de alguna de las partes, si pretendieran practicar prueba, se les convocará a comparecencia ante el tribunal que dictó la orden general de ejecución, que resolverá, mediante **auto**, lo que estime procedente sobre la administración judicial. Si no se pretendiese la práctica de prueba, se pasarán las actuaciones al tribunal para que, directamente, resuelva lo procedente ( LEC art.631.1 ).

Si se acuerda la administración judicial de una **empresa o grupo** de ellas, el letrado de la Administración de Justicia deberá nombrar un **interventor** designado por el titular o titulares de la empresa o empresas embargadas, y si solo se embargare la mayoría del capital social o la mayoría de los bienes o derechos pertenecientes a una empresa o adscritos a su explotación, se nombrarán dos interventores, designado uno por los afectados mayoritarios, y el otro por los minoritarios ( LEC art.631.2 ).

**5716** Se inscribirá el nombramiento, cuando proceda, en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad.

A continuación, se dará **posesión** al designado como administrador, requiriendo al ejecutado para que cese en la administración que hasta entonces estuviera efectuando.

El administrador judicial tendrá los mismos **derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades** que correspondieran a los sustituidos. Sin embargo, el letrado de la Administración de Justicia, por medio de decreto, deberá autorizar previamente, tramitando la comparecencia convocada por el administrador si hay oposición por alguno de los interventores, las propuestas de enajenación o gravamen de participaciones empresariales, bienes inmuebles u otros que por su naturaleza o importancia hubiera el juez establecido ( LEC art.632.2 ).

No puede aceptarse que la única finalidad del nombramiento del administrador judicial sea la de hacer efectivas las retenciones acordadas, ya que esta pretensión se incardina en la más amplia de garantizar la correcta **administración** de la compañía mercantil, la adecuación de sus cuentas a la realidad material de la empresa y la necesidad de obviar cualquier defectuosa forma de gestión que eluda la inexactitud de las cuentas e impida hacer efectivos los derechos económicos del ejecutante. El administrador debe cumplir con sus **obligaciones** legales, con independencia de cuál sea el resultado de su gestión, y proceder si efectivamente ello es necesario a instar la **disolución y liquidación** de la sociedad ( AP Valencia auto 3-2-09, EDJ 99805 ).

El letrado de la Administración de Justicia podrá acordar la administración judicial cuando se compruebe que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la **orden de retención o ingreso de los frutos y rentas** ( LEC art.622.3 ). Concurriendo tal supuesto, procede mantener la administración judicial, teniendo en cuenta que la entidad reclamada continúa con su actividad mercantil ( AP La Rioja 31-7-03, EDJ 263080 ).

Acordada la administración judicial, el secretario dará inmediata posesión al designado, requiriendo al ejecutado para que cese en la administración que hasta entonces llevara. Las **discrepancias** que surjan sobre los actos del administrador serán resueltas por el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución mediante decreto, tras oír a los afectados y sin perjuicio del derecho de oponerse a la cuenta final que habrá de rendir el administrador. De la **cuenta final justificada** que presente el administrador se dará vista a las partes y a los interventores, quienes podrán impugnarla en el plazo de 5 días, prorrogable hasta treinta atendida su complejidad. De mediar oposición, se resolverá esta tras citar a los interesados de comparecencia. El decreto que se dicte será recurrible directamente en **revisión** ante el tribunal correspondiente ( LEC art.633 ).

### 3. Tercerías

---

5718 Hay que distinguir entre:

- tercería de dominio (nº 5720 ); y
- tercería de mejor derecho (nº 5740 ).

#### a. Tercería de dominio

(LEC art.593 a 604 )

5720 La tercería de dominio es el remedio procesal que la ley concede a quien se considera propietario de un bien que ha sido embargado en un procedimiento ejecutivo en el cual **no es parte**.

Los tribunales definen esta tercería como el mecanismo procesal al que, ante el embargo de un bien, ha de recurrir el tercero que alega ser **propietario del bien ejecutado**, y que no tiene la condición de demandado embargado, con el fin de que se declare que el promotor de la tercería es el titular verdadero del derecho de propiedad, y en su consecuencia se alce el embargo trabado sobre la cosa que le pertenece. Se había mantenido que la tercería de dominio era una **acción reivindicatoria** en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo, pero la Sala Primera del Tribunal Supremo ha concluido que la verdadera naturaleza de la tercería del dominio es de **acción declarativa de propiedad** cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que, aparentemente, era del otro codemandado (por todas TS 21-12-00, EDJ 44282 ).

5721 La jurisprudencia insiste en la idea de que la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal no ya la obtención o recuperación del bien embargado, que generalmente posee el propio tercerista, sino el **levantamiento del embargo** trabado sobre el mismo. Y la función procesal de la tercería de dominio no es otra que la invalidación e ineficacia del embargo producido, o, en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo; de modo que la tercería de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, que en este caso es dejar sin efecto el embargo, con el alzamiento de la traba que había sido acordada. Lo que conduce a la conclusión de que el auténtico -necesario y suficiente- *petitum* de la demanda de tercería de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados (como dice el TS 14-6-07, EDJ 70125 , la acción tercería de dominio la interpone, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario del mismo para que se declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. La verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor

de demandante-tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado; en el mismo sentido, TS 18-7-05, EDJ 116821 concluye que la tercería de dominio es una incidencia del juicio ejecutivo principal, no un proceso autónomo, a instancia de tercero y frente al ejecutante y ejecutado, que persigue exclusivamente la liberación del derecho embargado en virtud de un título con idoneidad y entidad bastante para obtener el alzamiento total o parcial de la traba).

En efecto, la LEC art.594 previene que el embargo trabado sobre **bienes que no pertenezcan al ejecutado** será, no obstante, **eficaz**. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados si el rematante o el adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable. Ello debe entenderse sin perjuicio de las acciones de **resarcimiento** o **enriquecimiento injusto** o **nulidad** de la enajenación que puedan corresponder.

#### Precisiones

Téngase en cuenta que la LEC ha optado por separar la regulación de la tercería de dominio y de la tercería de mejor derecho, vinculando cada una de ellas a los actos que las originan: la de **dominio** al embargo de bienes de tercero, y la de **mejor derecho** a la prioridad que atribuye el embargo al ejecutante sobre el producto obtenido con la realización de los bienes trabados. La primera de ellas se concibe como un incidente de la ejecución que no tiene por finalidad la definición del dominio, sino solamente el alzamiento del embargo ( LEC art.601 ), mientras que la tercería de mejor derecho termina con una sentencia definitiva del crédito y de su preferencia ( AP Valencia auto 21-12-02, EDJ 67493 ).

#### 5722 Requisitos subjetivos

La tercería de dominio habrá de interponerse ante el **letrado de la Administración de Justicia** responsable de la ejecución, y se resolverá -sustanciada por los trámites del juicio verbal- por el tribunal que dictó la orden general y despacho de la misma ( LEC art.599 ).

Se encuentran **legitimados activamente** para interponer demandas de tercería los que sin ser parte en la ejecución:

1. Afirman ser **dueños** de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de este una vez trabado el embargo. El TS legitima a cualquiera de los **comuneros** para actuar en beneficio de la comunidad ( TS 10-4-03, EDJ 9856 ). También se ha reconocido legitimación al **comprador con pacto de reserva de dominio**, en la medida en que la tercería aparece como el medio idóneo para la protección de sus derechos, aunque esta decisión judicial no está exenta de polémica en la medida en que se puede defender que el comprador no había adquirido la plena condición de titular dominical de los bienes vendidos con reserva del derecho de propiedad ( TS 3-7-96, EDJ 5067 : en la venta con reserva de dominio asiste al comprador la facultad de ejercitar la tercería de dominio, aunque no haya satisfecho la totalidad del precio al tiempo de los embargos, ya que no se puede privar al adquirente de la posibilidad de ejercitar las acciones procedentes para la conservación de sus derechos, a lo que se añade que las ventas con reserva de dominio actúan como instrumentos jurídicos para garantizar el pago de lo que se vende, de tal manera que el incumplimiento por parte del comprador produce la resolución expresa del convenio, al pactarlo expresamente las partes, pero esta estipulación no desvirtúa ni deriva el contrato hacia orientaciones que no se concilien con el dominio, aunque sea resoluble, el cual se transmitió a la adquirente, integrando su patrimonio, si bien con restricciones dispositivas en tanto no pagara el total y, por ello, no se encuentra en situación de simple poseedor de bienes ajenos, sino más bien de poseedor a título legítimo de dueño).

2. Sean titulares de **derechos** que, por disposición legal expresa, puedan **oponerse** al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado ( LEC art.595.1 y 2 ). Se reconoce la legitimación al **cónyuge** del deudor en caso de embargo de **bienes gananciales** derivado de deudas de las que no deba responder la masa patrimonial común ( AP Sevilla 23-7-98, EDJ 68795 : el objeto de una tercería de dominio no es declarar ni recuperar el dominio, sino liberar el embargo de bienes indebidamente trabados por cuanto que no deben responder en todo o en parte de la deuda en ejecución. Por lo tanto, cuando se haya trabado embargo sobre bienes de la sociedad de gananciales por deudas exclusivas de uno de los cónyuges, el otro cónyuge no deudor y ajeno a la deuda y al procedimiento estará legitimado para pedir el levantamiento del embargo con la finalidad de salvaguardar los derechos que indudablemente le corresponden sobre el bien común trabado; esta posibilidad de que el cónyuge no deudor tenga la condición de tercero a los efectos del procedimiento de tercería ha sido reconocida por el TS 17-7-97, EDJ 5052 ).

5724 Por otro lado, la **legitimación pasiva** corresponde:

a) En todo caso, el **acreedor ejecutante**.

b) Al **ejecutado**:

- de manera **forzosa** cuando el bien a que se refiera haya sido por él designado; y

- de manera **voluntaria** en los demás casos, a cuyo fin se le notificará en todo caso la admisión a trámite de la demanda para que pueda tener la intervención que a su derecho convenga ( LEC art.600 ).

Como dice la AP Huelva auto 20-1-09, EDJ 52259 la ley permite que no sea parte el ejecutado.

Debe tenerse en cuenta la posible existencia de **litisconsorcio pasivo necesario** en todos aquellos casos en los que dos o más personas tengan interés legítimo en impugnar la acción de tercería, por ejemplo, cuando versa sobre **bienes gananciales** ( AP Zaragoza 23-6-93, Rec 556/92 ).

5726

#### Precisiones

**1)** La acción de tercería solo puede ser ejercitada por quien tiene la condición de **tercero**, condición que viene referida no solo al hecho de no ser parte en el procedimiento de ejecución del cual es un incidente, sino también, y fundamentalmente, de ser tercero respecto a la obligación cuya efectividad se persigue con la ejecución ( TS 15-6-05 EDJ 96605 ). Dice la AP Lleida 6-3-00, nº 96/2000 que tercero, como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, es aquella persona física o jurídica distinta del ejecutante y ejecutado, siendo pues tercero el que **no es parte** en el proceso de ejecución. En relación con la condición de tercero:

- en términos generales, no concurre cuando se confunden los patrimonios del tercerista y del ejecutado, lo que tiene lugar por ejemplo cuando se trata de dos **sociedades vinculadas** ( TS 25-6-07, EDJ 70142 : es igualmente imprescindible que concorra en el demandante de tercería la condición de tercero respecto a la persona que aparece como ejecutado, faltando esa condición cuando ambas personalidades se confunden, mezclándose sus patrimonios, lo que constituye razón suficiente para desestimar la demanda de tercería. Pretender que se haga valer una tercería de dominio sobre bienes embargados de una sociedad en cuya composición accionarial se aprecia una sustancial identidad con el tercerista es atacar la esencia de la institución de la tercería de dominio, puesto que rompe el núcleo de la misma, que establece que el que deduce la tercería de dominio no puede figurar como pasivamente legitimado en el título ejecutivo, figurando como lo verdaderamente trascendente la coincidencia personal y patrimonial entre esta y la tercerista);

- tampoco concurre cuando el tercerista es **administrador único** de la sociedad ejecutada ( AP Málaga 26-12-06, EDJ 449694 ).

**2)** En relación con el requisito de ser tercero se viene aplicando por parte de los tribunales la doctrina del **levantamiento del velo** de la persona jurídica, que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvelar las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas ( TS 15-10-97, EDJ 7488 ). La idea básica es que no cabe la alegación de la **separación de patrimonios** de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, o aparentar insolvencia.

5728

**3)** En relación con la apreciación de **fraude** para negar la condición de tercero al actor, se considera que concurre en relación con una sociedad -tercerista- a la que un particular había transmitido los bienes trabados, previamente donados a este por la sociedad deudora y ejecutada -todo ello con anterioridad al inicio de la ejecución-. La existencia de un conjunto de indicios permite suponer el carácter fraudulento de la donación, al haber supuesto esta la **despatrimonialización** de la sociedad deudora, junto a la cesación de su actividad mercantil, que pasó a ser desarrollada por una segunda sociedad constituida por los administradores de la sociedad deudora. De acuerdo con ello, se aprecia sucesión en la actividad de la deudora por parte de la segunda sociedad y se deniega el carácter de tercera a la demandante ( JPI Oviedo núm 2 14-6-12 ).

**4)** La tercería de dominio requiere para su viabilidad la **prueba del dominio** que alega el tercerista, que tiene que haber sido adquirido con anterioridad a la práctica del embargo cuyo alzamiento se pretende, así como que exista identidad entre la cosa embargada y aquella sobre la que recae el derecho de dominio que invoca el tercerista ( TS 7-5-03, EDJ 17127 ). No cabe duda de que la carga de estas pruebas la soporta el tercerista ( TS 27-6-03, EDJ 49256 ).

**5)** Ha de tomarse como **fecha** la del embargo, no la del despacho de la ejecución ( TS 20-10-03, EDJ 130258 ).

**6)** El **título de compra**, anterior al embargo, será protegido siempre y cuando resulte claramente demostrada la **traditio** de los bienes vendidos ( CC art.609 ), pues si no se realiza la entrega se sigue teniendo al vendedor como titular, por aplicación de la teoría del título y el modo que en nuestro Derecho disciplina la traslación de la propiedad ( AP Almería 21-1-00, EDJ 4989 : el dominio sobre la cosa, necesario para ejercitar la tercería, solo nace cuando concurren título y modo, consumándose el contrato con la entrega del precio y de la cosa; en el mismo sentido AP Las Palmas 20-5-99, Rec 535/97 : es exigencia básica de nuestro sistema de adquisición y transmisión de derechos reales por contrato la concurrencia del título y del modo o *traditio*, ( CC art.609 y 1095 ), y el título obligatorio únicamente, sin *traditio* o entrega, no puede, por consiguiente, ser protegido por la tercería de dominio, ya que este sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega; la compraventa sin tradición es un negocio jurídico puramente obligaciones que no tiene efectos traslativos de la propiedad). El **documento privado** no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial, en cuanto que la tercería de dominio requiere para su acogimiento el haber acreditado el dominio previo y excluyente ( TS 13-10-04, EDJ 152654 ).

### 5730 Requisitos objetivos

No se admitirá otra **pretensión** del tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo, teniendo en cuenta que la tercería de dominio da lugar a un incidente procesal de cognición limitada, en el que solo se puede enjuiciar la procedencia o no del mantenimiento de la traba impuesta sobre los bienes cuyo dominio pretende hacer valer el tercero.

Por ello dispone la ley que la parte demandada en la tercería no podrá pretender nada más que el **mantenimiento del embargo** o la sujeción a ejecución del bien objeto de tercería ( LEC art.601 ). En caso de que el ejecutado sea parte la ley no admite más pretensión que el mantenimiento del embargo, excluyendo por lo tanto las **pretensiones reconvenzionales**. La excepción a esta regla es la pretensión declarativa de nulidad del título del tercerista, que se admite expresamente ( AP Murcia 6-6-00, EDJ 68711 : frente al principio general de que no cabe formular reconvencción contra un codemandado se ha venido desarrollando una doctrina jurisprudencial que ha admitido excepciones a ese principio, aplicables sobre todo en las tercerías de dominio, cuando la reconvencción se enderece a obtener la declaración de ineficacia -nulidad o rescisión- del título esgrimido por el tercerista; en el mismo sentido TS 4-2-05, EDJ 6952 : la jurisprudencia admite la posibilidad de plantear la rescisión del negocio traslativo por fraude de acreedores al reconvenir en tercería de dominio).

La tercería de dominio es una **incidencia** ( AP Madrid auto 21-4-09, EDJ 85945 : la propia Exposición de Motivos de la LEC expresa que no se concibe la tercería de dominio como un proceso definitorio del dominio, con el efecto secundario de alzamiento del embargo del bien objeto de tercería, sino como **incidente**, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafectación o el mantenimiento del embargo) del juicio ejecutivo principal -no un proceso autónomo-, a instancia de tercero y frente al ejecutante y ejecutado, que persigue exclusivamente la liberación del derecho embargado en virtud de un título con idoneidad y entidad bastante para obtener el alzamiento total o parcial de la traba. No cabe acumular a la tercería, o pretender a través de la misma, **pretensiones ajenas** a su finalidad única y exclusiva ( TS 18-7-05, EDJ 116821 ), como:

- lograr la **nulidad** del procedimiento ( TS 4-2-1987 , EDJ 15964 );
- impugnar la existencia de una **hipoteca** sobre el inmueble controvertido ( TS 10-10-96, EDJ 6949 );
- discutir acerca de la naturaleza y caracteres del **aval** prestado por el ejecutado ( TS 17-7-97, EDJ 5150 );
- acumular al procedimiento de tercería una **acción reivindicatoria** ( TS 20-5-98, EDJ 5018 );
- pretender la declaración de nulidad de determinados **documentos por simulación** ( AP Alicante 13-10-95, Rec 991/94 );
- pretender la declaración de **nulidad** del embargo ( TS 7-5-03, EDJ 17127 ).

Los tribunales, en fin, subrayan la imposibilidad de **acumular** al procedimiento de tercería ninguna pretensión de fondo que constituya objeto autónomo, salvo la relativa a la nulidad del título del tercerista ( TS 27-4-98, EDJ 2757 ).

### 5732 Requisitos de actividad

La tercería de dominio podrá interponerse desde que se haya decretado el **embargo sobre el bien** o los bienes a que se refiera, siquiera sea preventivamente ( LEC art.596.1 ).

Se inadmitirá si se interpone con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien, sea mediante adjudicación al acreedor, sea mediante adjudicación a tercero en pública subasta ( LEC art.596.2 ).

En tanto no surge ese documento -el testimonio del **auto de aprobación del remate**- del que nace la «**traditio ficta**» que atribuye el dominio al ejecutante (de acuerdo con CC art.1462.2 ) puede interponerse temporáneamente la demanda de tercería de dominio ( AP Barcelona 25-11-04, EDJ 201756 ; en el mismo sentido, AP Cádiz auto 25-4-06, EDJ 267535 : la demanda de tercería de dominio puede interponerse hasta el acto de consumación de la traslación del dominio, y no solo hasta el previo acto de perfeccionamiento que se produce por la mera coincidencia de voluntades; pues no solo se exige que la enajenación forzosa se haya perfeccionado, sino que se haya consumado, de acuerdo con el sistema jurídico en cuya virtud la mera compraventa no transmite la propiedad si no va seguida de la tradición. Trasladando este principio al supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, de modo que la traslación del dominio no deriva del mero auto de adjudicación si no va acompañado de la ulterior tradición instrumental operada mediante la expedición del oportuno testimonio).

### 5734 Procedimiento

La tercería de dominio principiará por **demanda**, que deberá ser acompañada de un principio de **prueba** por escrito ( LEC art.595.3 ). Los tribunales aplican al tercerista la carga de la prueba de forma bastante rigurosa, indicando que a este le corresponde la demostración cumplida y patente de la **propiedad**, esto es, del dominio pleno y excluyente sobre los bienes trabados; al tercerista corresponde así mismo la prueba de la antigüedad en el negocio transmisivo, y, además, no basta para acreditar la propiedad que se pruebe dicho negocio, sino que haya sido seguido de **tradición**;

lo que hay que tener en cuenta en relación con la tercería de dominio es la situación existente al tiempo en que el embargo se efectuó, y no a las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad.

La demanda se someterá a una evaluación de su **admisibilidad**. Es inadmisibile la extemporánea, la deficientemente documentada ( LEC art.596.2 ), así como la reiterativa (la LEC art.597 recoge la prohibición de segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes con base en títulos o derechos que se poseyeran al tiempo de la primera).

Podrá condicionarse la admisión a que se preste **caución** por los daños y perjuicios que la tercería de dominio pudiera producir al acreedor ejecutante ( LEC art.598.2 ).

El tribunal juzgará sobre la **pertenencia de los bienes embargables al ejecutado** en base a indicios o signos externos que permitan deducir aquella, sin necesidad de especiales investigaciones.

Cuando tuviera motivos racionales para sospechar la posible **pertenencia de los bienes a un tercero**, ordenará por medio de providencia que se le haga saber la inminencia de la traba, al objeto de que pueda comparecer a defender sus eventuales derechos en el plazo de 5 días.

**5735** Si **no comparece** o no se opone, se acordará el embargo salvo que las partes manifiesten su conformidad a que no se realice.

Si **comparece** oponiéndose razonablemente, aportando los documentos que justifiquen su derecho, el tribunal, oídas las partes, resolverá lo que proceda.

Si se trata de **bienes inscribibles** distintos de la vivienda familiar del tercero cuyo título no se encuentre inscrito, no podrá evitar el embargo a salvo de su derecho a ejercitar contra quien corresponda y como corresponda.

Su **admisión** determina la suspensión de la ejecución solo respecto del bien a que se refiera, debiendo el letrado de la Administración de Justicia adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la suspensión acordada. Es causa suficiente para que el letrado de la Administración de Justicia ordene, mediante decreto, la **mejora del embargo** ( LEC art.598 ).

Si la parte demandada **no contesta**, se considera que admite los hechos consignados en la demanda ( LEC art.602 ).

Dispone la LEC art.599 que la tercería de dominio habrá de interponerse ante el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, que se resolverá por el tribunal que dictó la orden general de despacho de la misma, y que se sustanciará por los trámites previstos para el **juicio verbal** (hasta la reforma de la LEC se contemplaba la sustanciación de la tercería de dominio por los trámites del juicio ordinario).

Se resuelve por medio de **auto** que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo, así como sobre la imposición de costas, respecto de las cuales hay normas especiales para fomentar la buena fe procesal.

Si es **estimatorio**, ordenará el alzamiento de la traba y la terminación de cualquier medida que se hubiera tomado para garantizar el embargo del bien ( LEC art.604 ).

El auto no producirá efecto de **cosa juzgada** en relación con la titularidad del bien ( LEC art.603 ).

**5736**

#### Precisiones

**1)** Conforme a LEC art.595.3 , con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un **principio de prueba por escrito** del fundamento de la pretensión del tercerista, lo que no permite exigirle la aportación de una prueba plena, ni anticipar su valoración para cerrarle las puertas del proceso, con el riesgo de impedirle complementar ese principio de prueba documental con otras que acrediten definitivamente la titularidad del tercerista sobre los bienes trabados ( AP Valencia 16-3-02, EDJ 22041 ).

**2)** La **prohibición de segunda o ulterior tercería de dominio** no impide interponer la tercería de mejor derecho una vez desestimada la de dominio sobre los mismos bienes y en relación con igual embargo. Dada la regulación diferenciada de ambos tipos en la LEC, la prohibición no cabe sino referirla a las tercerías que sean de la misma clase que las anteriores, pero no a las de diferente naturaleza. Ni ello resulta del tenor gramatical de LEC art.597 y 614 , ni de la regulación sistemática de la figura, ni de la finalidad buscada por el legislador de evitar la dilación en la ejecución cuando es la misma la pretensión entablada, es decir, cuando la demanda es sustancialmente idéntica, pero no cuando es diferente lo que se pide. Por fin, en tanto normas prohibitivas, que limitan los derechos de los litigantes al acceso a los tribunales, no admiten estas disposiciones una interpretación extensiva ( AP Asturias 12-12-05, EDJ 343344 ).

**3)** La **finalidad** de esta regla es impedir que puedan emplearse las tercerías como subterfugio para suspender y dilatar *sine die* el proceso de ejecución ( TS 8-2-00, EDJ 337 , respecto de la derogada LEC/1881 art.1538 , de contenido semejante a LEC art.597 ).

**4)** No existe **segunda tercería**, conforme a LEC art.597 , en un caso en el que el procedimiento judicial incoado tras la desestimación de la primera reclamación previa de tercería de dominio fue sobreseído por no comparecer

el demandante al acto de audiencia previa, al no haber llegado a recaer resolución sobre el fondo del asunto en la primera tercería. En el supuesto analizado, el tercerista presentó una segunda reclamación administrativa de tercería de dominio que no llegó a ser admitida por la Administración tributaria, consiguiendo después que fuese admitida a trámite la acción judicial y finalmente estimada ( JPI Sevilla núm 8 9-1-12 ).

#### 5738 Inadmisión de recurso de casación

La tercería de dominio tiene la naturaleza propia de un **incidente** en ejecución, que concluye siempre mediante auto. Ha de negarse su carácter de acción reivindicatoria, por cuanto su objeto es exclusivamente resolver sobre la **idoneidad** del bien objeto de la tercería para ser ejecutado. Ello determina la irrecurribilidad en casación de la resolución que decida aquel, por no poner fin a una verdadera segunda instancia ( TS 18-9-01, EDJ 38458 ).

Como dice el TS auto 10-7-01, EDJ 38363 , en este mismo sentido y sintetizando la doctrina anterior respecto de este problema, no se puede obviar que, con arreglo a la nueva LEC, la tercería de dominio tiene la naturaleza de un **incidente en ejecución de sentencia** que se encamina, directa y exclusivamente, a resolver sobre la idoneidad del bien objeto de la tercería para ser ejecutado, lo que supone que, a los efectos de LEC art.477.2º , la resolución que lo decide no pone fin a la segunda instancia, y, por ello, carece de la condición de sentencia dictada en segunda instancia que exige dicho artículo, razón por la que LEC art.603 establece que aquella adoptará la forma de **auto**, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de **cosa juzgada** en relación con la titularidad del bien. Tal circunstancia, por otro lado, se explica en la propia Exposición de Motivos de la LEC cuando señala que la tercería de dominio no se concibe ya como proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo. Se trata de una opción recomendada por la doctrina, que ofrece la ventaja de no conllevar una demora del proceso de ejecución respecto del bien correspondiente, demora que, pese a la mayor simplicidad de los procesos ordinarios de esta Ley, no puede dejar de considerarse a la luz de la doble instancia y sin que el nuevo régimen de ejecución provisional pueda constituir, en cuanto a la ejecución pendiente, una respuesta adecuada al referido problema.

En definitiva, para la propia LEC la tercería de dominio tiene la naturaleza de un incidente en ejecución, que concluye siempre mediante auto, modificación legislativa en consonancia con la evolución jurisprudencial que niega a aquella el carácter de acción reivindicatoria por cuanto su objeto es exclusivamente resolver sobre la idoneidad del bien objeto de la tercería para ser ejecutado, y ello determina, a los efectos de LEC art.477 , la **irrecurribilidad** en casación de la resolución que decida aquel por no poner fin a una verdadera **segunda instancia**.

#### b. Tercería de mejor derecho

(LEC art.614 a 620 )

5740 La tercería de mejor derecho se puede definir como el remedio procesal que la ley concede a quien se considera titular de un derecho de crédito que considera debe ser satisfecho **con preferencia** al del acreedor ejecutante para que lo haga valer en el seno del juicio ejecutivo. El TS 2-11-02, EDJ 44510 definió la tercería de mejor derecho como el proceso por el que un acreedor que cree tener un **crédito preferente** al del ejecutante puede hacer valer su derecho; es decir, el objeto de la tercería de mejor derecho es, exclusivamente, la declaración de preferencia de un crédito -el que tiene el tercerista- frente a otro -el que tiene el acreedor ejecutante- declarada en el proceso de ejecución (dicho de otro modo, el objeto de la tercería de mejor derecho es la discusión sobre quien tenga un derecho preferente de crédito, si el ejecutante o el tercero, de forma que, si prospera la tercería, el tercero tendrá un derecho preferente que le posibilitará cobrar su crédito antes que el que promovió la ejecución, AP Cádiz auto 14-2-02, EDJ 10297 ).

En otras palabras, esta tercería tiene como finalidad determinar si el título del tercerista es realizable y preferente al del acreedor ejecutante, por lo que el ejecutado debe ser necesariamente **deudor común del ejecutante y del tercerista** ( AP Pontevedra 11-5-94, Rec 195/93 ). Autores y tribunales se refieren en ocasiones a esta tercería como una suerte de **concurso singular de acreedores** ( AP Toledo 7-2-00, EDJ 30360 ; AP Granada 28-4-01, EDJ 107422 ), limitado por razón de los sujetos -solo atañe al ejecutante y al tercerista- y por razón del objeto -solo se refiere a los bienes que sean objeto del juicio de ejecución-.

¿Cuál es la **naturaleza** que corresponde a la tercería de mejor derecho? Los tribunales mantienen que se trata de un procedimiento de índole incidental, esto es, un **incidente del juicio de ejecución** que no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado del proceso ejecutivo, sino que, al contrario, aspira a la consecución de una decisión judicial conectada con el trámite del principal, de tal forma que afecte a lo resuelto en su seno hasta el momento en el que se ejercita ( AP Alicante 8-5-02, EDJ 136120 ). La tercería no es un procedimiento autónomo, independiente, sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a la diligencia de juicio ejecutivo en marcha y, por lo tanto, una incidencia del mismo. Con base en su naturaleza se define la tercería de mejor derecho como la determinación del orden en que, con el precio

obtenido en la venta de los bienes embargados, se efectuará el pago de los créditos concurrentes en una ejecución individual, y por ello esta tercería no puede ser independiente de la existencia de un previo embargo de los bienes.

La naturaleza incidental de la tercería de mejor derecho limita los efectos del pronunciamiento judicial que se adopte al juicio ejecutivo del que la tercería es incidente ( AP Murcia 18-7-01, EDJ 107477 : la tercería constituye un **procedimiento accesorio** que exige para su viabilidad, y éxito, la pendencia de un juicio ejecutivo, y por lo tanto solamente puede producir efectos sobre el procedimiento del cual es un incidente).

#### 5742 Requisitos

1. Por lo que atañe a los **requisitos subjetivos**, conoce de la tercería de mejor derecho el tribunal que hubiera declarado la **traba** de los bienes en el seno del procedimiento ejecutivo. La competencia es, por lo tanto, del juez de la ejecución ( AP Murcia 17-1-01, EDJ 107476 ).

En cuanto a las partes, gozarán de **legitimación activa** quienes tengan un interés legítimo en el crédito preferente, esto es, quienes crean tener un crédito preferente al del ejecutante sobre los bienes trabados en la ejecución. No está legitimado quien no tiene la condición de **acreedor** ( AP Badajoz 23-4-10, EDJ 122702 : como reiteradísima jurisprudencia tiene declarado, la tercería de mejor derecho es el cauce procesal para que los acreedores del ejecutado puedan ejercitar su derecho de preferencia mientras dura el proceso de ejecución; consiste en la actuación, en un proceso de ejecución, de un tercero que alega mejor derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante y con cargo a los bienes realizados, y, por lo tanto, es preciso que el tercerista reúna la condición de acreedor del ejecutado). No hay legitimación sin **crédito preferente** ( AP Barcelona 18-10-04, EDJ 174962 : la legitimación activa para el ejercicio de la tercería exige que, frente al mismo deudor, el tercerista predique y acredite preferencia de crédito). Y algún pronunciamiento llega a exigir que este crédito sea **vencido, líquido y exigible** ( AP Castellón 17-2-01, EDJ 60381 : es de apreciar la falta de legitimación activa del tercerista por no poder ser considerado, en rigor, como acreedor de los deudores ejecutados, al no ser su crédito vencido, líquido ni exigible; AP Madrid 16-9-02, EDJ 55031 : la jurisprudencia viene exigiendo, para la prosperabilidad de la tercería de mejor derecho, que el título en que se basa refleje una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, lo que no ocurre en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria, que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, pues se requiere que quede constatada la certeza, liquidez y vencimiento del crédito; aunque la falta de liquidación de intereses y de costas no comporta la iliquidez o indeterminación de la deuda).

En cuanto a la **legitimación pasiva**, la tercería se dirigirá, siempre, contra el **acreedor ejecutante**. El **ejecutado** deberá intervenir forzosamente en el caso de que el crédito del demandante no conste en título ejecutivo, y voluntariamente en otro caso. Aún cuando no fuera demandado, se notificará en todo caso al ejecutado la admisión a trámite de la demanda, a fin de que pueda realizar la intervención que a su derecho convenga ( LEC art.617 ).

#### Precisiones

Una vez adjudicado el bien, no puede admitirse tercería en relación con el **reparto del sobrante**, que deberá realizarse en un trámite específico para comparar las preferencias concurrentes, pero que carece de la condición de tercería ( AP Bizkaia 7-5-04 , EDJ 172289 ; AP Zaragoza 4-12-02, EDJ 68023 ; AP Castellón 23-9-00 , EDJ 119961 ).

5744 2. En cuanto a los **requisitos objetivos**, el objeto de la acción solo podrá ser la existencia de **preferencia** en el orden de cobro respecto del ejecutante. En la tercería de mejor derecho lo único que se confrontan son dos títulos jurídicos de crédito para establecer la preeminencia de uno sobre el otro, por lo que la cuestión planteada solo afecta directa y sustancialmente a los propios títulos en conflicto, y por ello solo es preciso traer al pleito a los acreedores ejecutantes de los mismos, porque solo a ellos afectará la decisión judicial dictada, en cuanto señalará la preferencia entre ambos ( TS 29-4-02, EDJ 12096 ). El TS 10-11-06, EDJ 299588 es muy claro: la limitación del objeto de la tercería aparece hoy muy explícitamente reflejada en LEC art.620.1 , a cuyo tenor la sentencia de la tercería de mejor derecho habrá de resolver sobre la **existencia** y el **orden** en que los créditos deban ser satisfechos, pero sin prejuzgar otras acciones que a cada uno pudieran corresponder, especialmente las de enriquecimiento, por lo que queda fuera de su ámbito material cualquier alegación que tenga distinto objeto.

A los efectos de delimitar el ámbito objetivo y la función de la tercería de mejor derecho es preciso distinguir entre **preferencia civil** y **prioridad registral**. La preferencia civil, o **prelación**, es un privilegio conferido por el Derecho sustantivo a determinados créditos cuando concurren con otros; mientras que la prioridad registral implica la protección registral a la situación jurídica que llega antes al Registro de la Propiedad de acuerdo con el conocido axioma *prior tempore potior iure*. Normalmente la preferencia civil se corresponde con la prioridad registral, siendo correlativas las fechas de los títulos con las de los asientos, no habiendo entonces ningún problema por ser la prioridad en tales casos mero reflejo registral de la prelación. El problema se plantea cuando quiebra esa correlación, y se resuelve a favor de la supremacía de la preferencia civil por mandato de LH art.44 .



La preferencia de los créditos se determinará aplicando las normas sobre **prelación crediticia** contenidas en CC art.1921 s. , así como las demás normas de otra índole que, como complemento de estas, puedan regular la concurrencia entre derechos de crédito y la prelación entre los mismos ( TS 5-11-97, EDJ 7637 , señala que estas normas, con las demás que en nuestro Derecho reconocen algún grado de prelación, ya sean laborales, mercantiles, tributarias, etc., son las que sirven de apoyo jurídico al ejercicio de las tercerías de mejor derecho).

- 5746 **3.** Solo procede desde el **momento** en que se haya decretado el **embargo** del bien a que se refiera la preferencia, si esta fuera especial -sobre lo obtenido con la venta de un bien concreto-, o desde que se despachara **ejecución**, si fuera general -sobre lo obtenido con la venta de todos los bienes del ejecutado-. No se admitirá **después** de que los bienes hayan sido adjudicados al ejecutante y este haya adquirido su titularidad conforme a la legislación civil, o de que se haya entregado al ejecutante la suma obtenida mediante la ejecución forzosa ( LEC art.615 ).

Afirma AP Sevilla auto 21-12-09, EDJ 373131 , con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, que para que tenga sentido la tercería de mejor derecho, y mantenga su interés jurídico, es imprescindible que si esta se refiere a un determinado bien embargado respecto al cual se hará pago al acreedor ejecutante, a no ser que otro haya sido declarado preferente por ejecutoria, el mismo esté **efectivamente embargado**, pues si no lo está ya no podrá hacerse con él pago alguno al acreedor ejecutante, y la tercería de mejor derecho perderá su objeto.

El TS 3-3-05, EDJ 30347 indica claramente cuál es el término o *dies ad quem* para el ejercicio de la acción de tercería de mejor derecho: es admisible hasta el **momento inmediatamente anterior al pago** al acreedor ejecutante, entendido como acto físico de entrega de numerario, en concordancia con lo dispuesto en el CC art.1157 , en manera tal que el mismo no se considerará realizado ni aunque el juzgado lo hubiera reclamado de la caja de depósitos; y, asimismo, es admisible hasta el momento anterior a la adjudicación en pago al acreedor ejecutante de los bienes subastados en el proceso de ejecución (en el mismo sentido, TS 22-11-04, EDJ 183460 ).

- 5748 ¿Es admisible la tercería de mejor derecho en el ámbito de la **ejecución hipotecaria**? Los tribunales civiles han elaborado una pequeña jurisprudencia que mantiene con bastante coincidencia el criterio de **imposibilidad** de admitir la tercería de mejor derecho como incidente de la ejecución hipotecaria ( AP Barcelona auto 20-9-06, EDJ 413875 , y los que en él se citan).

Por otra parte, la postura de los tribunales es más dudosa cuando la tercería tiene por objeto hacer valer el concreto privilegio reconocido en el ET art.32 , basándose la justificación de su admisibilidad en la antigua redacción del apartado cuarto de dicho precepto que mantenía el privilegio tanto en procedimiento concursal como en cualquier otro. En esa expresión «cualquier otro» la doctrina y alguna jurisprudencia se basaban para afirmar la especialidad de este privilegio y, en definitiva, justificar la tercería como incidente aunque fuera inadmisibile en otros supuestos. La limitación cuantitativa de este «superprivilegio», el peculiar efecto suspensivo de este tipo de tercería y el hecho de que se requiera la presentación de un principio de prueba para interponerla, serían otras razones para no impedirla, aunque hoy no exista aquella referencia procedimental en el redactado en el Estatuto de los Trabajadores y la LEC siga guardando silencio sobre este motivo adicional de suspensión del proceso de ejecución hipotecaria.

- 5752 **Procedimiento**  
(LEC art.616 , 617 , 618 y 619 )

El procedimiento principia con **demanda**, a la que ha de acompañarse un principio de **prueba** del crédito que se afirma preferente.

Se sustancia por los trámites del **juicio verbal** (dispone LEC art.617.1 que la tercería de mejor derecho se dirigirá siempre frente al acreedor ejecutante, que se sustanciará por los cauces del juicio verbal, y que, presentada la demanda, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado a los demandados para que la contesten por escrito en el plazo de 20 días, conforme a lo establecido en LEC art.405 ) con las siguientes especialidades:

1. Existe un trámite de **admisión**. Se inadmitirán las demandas que no estén documentadas, así como las reiterativas que se funden en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera ( LEC art.614.2 ).

2. Efecto de la admisión es que la ejecución forzosa continuará hasta **realizar** los bienes embargados. El tercerista cuyo título fuera ejecutivo podrá intervenir en tal ejecución.

Lo que se recaude se depositará en la cuenta de **depósitos y consignaciones** del juzgado para atender al cumplimiento de la resolución que ponga término a la tercería ( LEC art.616 ).

- 5753 La parte demandada puede adoptar las siguientes actitudes:

- a) No contestar:** se entenderá que admiten los hechos alegados en la demanda ( LEC art.618 ).
- b) Allanarse** ( LEC art.619 ):

- allanarse solo el **acreedor ejecutante**: si el crédito del tercerista no constare en título ejecutivo se dará traslado al **ejecutado** que se hubiera personado en la tercería para que manifieste su opinión en plazo de 5 días. Cuando este se **oponga**, se dictará auto teniendo por allanado al ejecutante pero mandando seguir la tercería con el ejecutado;

- en otro caso, se tendrá a los **dos por allanados**, dictando decreto el letrado de la Administración de Justicia ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer: las tres quintas partes de las **costas y gastos** originados por las actuaciones llevados a cabo a instancia del ejecutante hasta la notificación de la demanda de tercería, y el **crédito preferente** del tercerista ( AP Las Palmas 23-1-07, EDJ 54862 : no se trata de que sea una condición para el reconocimiento del mejor derecho el que deban abonarse las costas y gastos que se indican en el mencionado LEC art.619.1 , sino de que, producido el allanamiento y siguiéndose la ejecución, primeramente se abonarán al ejecutante tales costas y gastos, y a continuación los derechos del tercerista).

Cuando el ejecutante se allane en **perjuicio de terceros** o en **fraude de ley** se deberá ordenar la continuación del procedimiento, a pesar de que la LEC dispone claramente que en caso de allanamiento del ejecutante a la tercería de mejor derecho, se dictará, sin más trámites -es decir, imperativamente-, auto ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista, si bien no se le entregará cantidad alguna hasta que no se haya abonado al ejecutante el importe de las tres quintas partes de costas y gastos por las actuaciones llevadas a cabo a su instancia hasta la notificación de la tercería ( AP Barcelona auto 17-9-09, EDJ 253878 ).

**c) Desistir** de la ejecución ( LEC art.619.2 ):

- si el **título del tercerista** fuera ejecutivo, se procederá como se ha indicado para el allanamiento sin oposición;

- si el título fuera distinto, el tribunal dictará **auto de desistimiento** del proceso de ejecución, salvo que el ejecutado se mostrare de acuerdo en que prosiga para satisfacer el crédito del tercerista.

**d) Contestar oponiéndose.**

Se resolverá la tercería por **sentencia**, que se pronunciará sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución; la sentencia ha de resolver sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución, pero no sobre las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de ejecución una vez interpuesta la demanda de tercería ( AP Sta. Cruz de Tenerife 2-11-07, EDJ 281071 ). Asimismo se pronunciará sobre las **costas** procesales, respecto de las cuales hay normas especiales para fomentar la buena fe procesal.

Si la sentencia es **estimatoria**, no se entregará al tercerista cantidad alguna procedente de la ejecución mientras no se hayan satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas en esta hasta el momento en que recayó la sentencia.

5754

#### Precisiones

No puede rechazarse la **legitimación del tercerista** en la ejecución del pleito principal, por las siguientes razones:

- es patente la existencia de **interés legítimo** en el tercerista, a quien afecta directamente el resultado de la ejecución en cuanto tiene reconocido el derecho preferente al cobro con el producto que se obtenga en la vía de apremio;

- la tercería de mejor derecho se concibe en la LEC como un **incidente** del juicio ejecutivo, es decir, que se admite la posibilidad de que concurran en la fase de ejecución terceros acreedores, sin que exista razón alguna para negarles luego toda posibilidad de intervención cuando se ha reconocido su derecho como prioritario en virtud de la sentencia dictada en ese incidente;

- el **crédito** del tercerista puede hallar satisfacción en el propio juicio ejecutivo al que accedió en vía de tercería, y ello aun cuando el acreedor pospuesto no pidiese la ejecución de su sentencia de remate ( Resol DGRN 23-4-96 ; 3-6-96 ); y

- la LEC art.616 admite expresamente que el tercerista intervenga en la **ejecución del pleito principal** ( AP Asturias 24-1-01, EDJ 99014 ).

Si la Ley establece que el tercerista ha de satisfacer al ejecutante las tres quintas partes de las **costas y gastos** originados por las actuaciones llevadas a cabo a su instancia hasta el momento en que se haya notificado la demanda de tercería, está admitiendo la posibilidad de que el tercerista impulse los trámites restantes, pues da por supuesto que habrá de sufragar las costas derivadas de los mismos.

Los comentados preceptos suponen una novedad respecto a la regulación anterior, y con ellos se pretende que el **tercerista** pueda beneficiarse de los trámites de ejecución instados por el ejecutante frente al que interpone la tercería, si, por ejemplo, estos se encuentran más avanzados que los suyos propios, pues, de lo contrario, se produciría una **duplicidad de trámites** si el ejecutante vencido en tercería de mejor derecho adopta tras ese instante una postura de pasividad procesal ( JPI Sevilla núm 2 4-3-03, Rec 498/00 ).

#### 5756 Oposición a la validez del título

Presentada demanda de tercería (ordinariamente, de dominio), que ha de tramitarse por los cauces del juicio verbal ( LEC art.599 y 617.1 ), el demandado puede oponer al título de dominio -o, en su caso, justificativo del crédito- aportado por el tercerista, el concurso de **nulidad** de aquel.

Esta alegación no debe considerarse como **reconvención**, que vendría impedida en este caso por el cauce específico de la tercería (juicio verbal), frente al trámite de juicio ordinario que correspondería a la pretensión de declaración de nulidad, razón por la que no habría lugar a reconvenir en tales términos ( LEC art.438 ).

En rigor, la nulidad del título no se opone por otro procedimiento acumulado ni por reconvención (lo que exigiría efectivamente procedimientos de la misma especie) sino como **oposición al título invocado** en el único cauce de tercería que existe.

#### 4. Procedimiento de apremio

---

5760 La **realización forzosa** de un bien embargado es susceptible de verificarse por una triple vía:

- la utilización del **bien** en sí, en su totalidad por el ejecutante;
- la utilización del **valor en cambio** del bien; y
- la utilización de su **valor en uso**.

La primera de estas formas da lugar a la **adjudicación** forzosa; la segunda, a la **enajenación** forzosa; y la tercera, a la **administración** forzosa. Dentro de la ejecución dineraria, estos tres sistemas de realización forzosa han sido recogidos por la LEC.

##### a. Adjudicación forzosa

5765 Es un sistema de realización forzosa que consiste en la **entrega del bien embargado**, tal y como este objetivamente es, al acreedor ejecutante, para conseguir así la satisfacción de su pretensión.

Es preciso diferenciar esta adjudicación forzosa de la **adjudicación judicial** al acreedor de un bien que era el que específicamente reclamaba, ya que esta segunda categoría de adjudicación tiene su encuadramiento en la **ejecución no dineraria**. Y también hay que diferenciarla de aquellos supuestos en que se produce subsidiariamente la adjudicación forzosa de un bien al acreedor, una vez que han resultado infructuosos otros medios de realización forzosa, particularmente el de enajenación.

5767 **Supuestos**  
(LEC art.634)

Bajo la rúbrica de «entrega directa al ejecutante», se dispone que el letrado de la Administración de Justicia entregará directamente al ejecutante, por su **valor nominal**, los bienes embargados que sean:

1. **Dinero** efectivo.
2. Saldos de **cuentas corrientes** y de otras de inmediata disposición. También cabe, sin embargo, que esta disponibilidad no sea tan inmediata. Se añade que cuando se trate de saldos favorables en cuenta, con vencimiento diferido, el letrado de la Administración de Justicia adoptará las medidas oportunas para lograr su cobro, pudiendo designar un administrador cuando fuese conveniente o necesario para su realización.
3. **Divisas** convertibles, previa conversión, en su caso.
4. Cualquier **otro bien** cuyo valor nominal coincida con su **valor de mercado**, o que, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal.

En caso de que el ejecutado incumpla el deber de entrega de los bienes al ejecutante la LEC art.634 hay que ponerlo en relación con el art.701.1º de la misma norma, que establece para los supuestos en que el ejecutado no hiciere entrega de la cosa en el plazo concedido que el tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los **apremios** que creyera precisos ( AP Valencia auto 24-1-03, EDJ 49134 ).

5770 **Norma especial para los bienes muebles vendidos a plazos**  
(LEC art.634.3)

En la ejecución de sentencias que condenen al pago de las cantidades debidas por **incumplimiento de contratos** de venta a plazos de bienes muebles, si el ejecutante lo solicita, se le hará entrega inmediata, por el letrado de la Administración de Justicia, del bien o bienes muebles vendidos o financiados a plazos por el valor que resulte de las

tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato. La LEC art.634 no hace más que recoger de forma expresa una posibilidad que ya prevé L 28/1998 art.16.2 , que dispone que cuando el deudor no pague la cantidad exigida, ni entregare los bienes para la enajenación en pública subasta, el acreedor podrá reclamar del tribunal competente la **tutela sumaria** de su derecho, mediante el ejercicio de las acciones previstas en los números 10º y 11º del apartado primero de la LEC art.250 , si bien aquí se contempla como un mecanismo de ejecución forzosa, de una resolución judicial ( AP Las Palmas auto 4-4-08, EDJ 86926 ).

## b. Enajenación forzosa

**5775** La enajenación forzosa es la actividad procesal de ejecución que consiste en **cambiar el bien embargado por dinero**, con el cual satisfacer la pretensión del ejecutante. Se utiliza, por tanto, el valor en cambio del bien embargado.

Junto a la tradicional y común modalidad de ejecución (la **subasta**), la LEC abre camino a vías de enajenación forzosa alternativas que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento. Estas modalidades de enajenación se fundamentan en la naturaleza del bien, como ocurre en el supuesto de la enajenación de **acciones** y otras formas de participación sociales ( LEC art.635 ), y, en menor medida, en la realización por **persona o entidad especializada** ( LEC art.641 ), en cuanto que, además de las características del bien, se requiere la petición del ejecutante; o en la voluntad de las partes del proceso de ejecución, como ocurre en el supuesto del convenio de realización ( LEC art.640 ).

**5777** **Requisito previo: valoración de los bienes embargados**  
(LEC art.637)

El **avalúo** o valoración de los bienes embargados constituye el lógico presupuesto previo de cualquier modalidad de enajenación forzosa.

Se exceptúa, no obstante, el supuesto de enajenación de **acciones** y otras formas de participación social, cuyo precio vendrá determinado en los mercados regulados, o por las disposiciones legales y estatutarias por las que se rigen las sociedades, y por los datos de su contabilidad.

Y, lógicamente, también se exceptúa el supuesto de que **ejecutante y ejecutado** lleguen a un **acuerdo** sobre el valor, antes o durante la ejecución ( LEC art.637 ). No obstante, parece que en este último supuesto no quedan suficientemente salvaguardados los derechos e intereses de otros acreedores distintos del ejecutante.

**5779** **Nombramiento de perito**  
(LEC art.638)

Para valorar los bienes, el letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución designará el perito tasador. Se prefiere a los que presten servicios a la **Administración de Justicia**. En su defecto, la tasación podrá encomendarse a organismos o servicios técnicos dependientes de las **Administraciones públicas**, que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia. Solo en último extremo se encomendará a **profesionales colegiados** o a las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de los bienes.

Cabe referirse a las siguientes cuestiones:

1. **Recusación** del perito: el perito designado puede ser recusado por el ejecutante o por el ejecutado que hubiera comparecido (sobre la recusación, hay que estar a lo dispuesto en LEC art.124 a 128 ).
2. **Aceptación y elaboración del informe**: el nombramiento se notificará al perito designado, que necesariamente ha de aceptarlo en el siguiente día, si no concurre causa de abstención que se lo impida ( LEC art.639 ). A partir de la aceptación del encargo, el perito entregará la **valoración** en el plazo de 8 días. Solo por causas justificadas, mediante providencia, puede ampliarse este plazo, en función de la cuantía o complejidad de la valoración. El perito no tiene obligación de aceptar el encargo si no se ha efectuado la correspondiente **provisión de fondos** ( AP Lugo auto 3-12-03, EDJ 263146 ).
3. **Contradicción de la valoración pericial**: durante los 5 días siguientes a la entrega de la valoración, las partes y los titulares registrales del bien valorado pueden contradecir la valoración pericial mediante **alegaciones e informes** suscritos por perito tasador.
4. **Criterios de valoración**: el perito hará la tasación del bien o derecho embargado por su **valor de mercado**. La deducción de cargas y gravámenes, en el supuesto de bienes **inmuebles**, le corresponde efectuarla al letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.666 ).
5. **Aprobación de la valoración**: el órgano judicial, a la vista de las alegaciones y apreciando todos los informes según las reglas de la sana crítica, determinará la valoración definitiva a efectos de la ejecución, mediante providencia y sin ulterior recurso.

## 5782 Efectos comunes de toda enajenación forzosa

Cualquiera que sea su modalidad, y con la sola **excepción** del supuesto de enajenación de acciones y otras formas de participación sociales ( LEC art.635 ), les son aplicables las previsiones contenidas en la regulación de la **subasta** para la subsistencia y cancelación de cargas, así como sobre distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas.

Ello explica que, aun tratándose de enajenación mediante **convenio** o mediante **persona o entidad especializada**, en ambos supuestos sea precisa la aprobación de la enajenación mediante **providencia**, previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento, por parte del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas.

## 5784 Enajenación de acciones y otras formas de participación social (LEC art.635)

Se distinguen dos supuestos:

1. Si los bienes embargados fuesen acciones, obligaciones, otros valores admitidos a **negociación en mercado secundario**, o si el bien embargado cotiza en cualquier mercado regulado o puede acceder a un mercado con **precio oficial**, el letrado de la Administración de Justicia ordenará que se enajenen con arreglo a las leyes que rigen estos mercados. Cuando se produzca la traslación del dominio de acuerdo con estas leyes especiales precluirá el plazo para la interposición de **tercerías** ( AP Soria Auto 27-12-02, EDJ 69651 ).

2. Si lo embargado fuesen acciones o participaciones societarias que **no coticen** en bolsa, la realización se efectuará atendiendo a las disposiciones legales y estatutarias sobre la enajenación de las acciones y participaciones, con respeto, en especial, a los derechos de preferente adquisición. En este supuesto, a falta de disposiciones especiales, la realización se hará por notario o corredor de comercio colegiado (esta referencia debe entenderse efectuada solo a notario a la luz de la L 55/1999 que convirtió en notarios a los corredores de comercio colegiados).

En este supuesto de venta directa no es requisito previo el **avalúo**, pues serán los mercados o los datos contables los que determinarán el valor del bien embargado; ni rige la regla de la **subsistencia de cargas anteriores**, que afectaría gravemente a la seguridad de este tipo de mercados; ni es necesaria la aprobación de la enajenación mediante **providencia** judicial ( LEC art.637 y 642 ). No obstante, entendemos que sí serán aplicables por extensión analógica lo dispuesto para la subasta en lo que se refiere a la **distribución de las sumas recaudadas**.

## 5786 Convenio de realización judicialmente aprobado (LEC art.636.1 y 640 )

Se trata de la modalidad preferente de **realización forzosa** para los bienes no susceptibles ni de adjudicación forzosa ni de venta directa. Es un acto procesal por el que el letrado de la Administración de Justicia aprueba un **acuerdo entre los interesados** sobre una forma de realización de la totalidad o parte de los bienes embargados. Pese a su denominación, no es un convenio, sino un verdadero **acto procesal**, cuya fuerza vinculante deriva no de la voluntad de las partes, sino de la autoridad del órgano judicial.

1. En cuanto a sus **elementos personales**, la **competencia** para su aprobación le corresponde al órgano judicial ejecutante.

Están **legitimados** para promover el procedimiento mediante la presentación de la solicitud, el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución ( LEC art.640.1 ); no obstante, la conformidad del ejecutante es imprescindible para iniciar el procedimiento ( LEC art.640.2 ).

Además, en el procedimiento intervienen otros dos grupos de personas:

- los **acreedores y terceros poseedores** que hubiesen inscrito o anotado sus derechos en el registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta: su conformidad es imprescindible para la aprobación del convenio ( LEC art.640.3 );

- **otras personas**, por invitación del ejecutante o del ejecutado, que, consignando o afianzando, se ofrezcan a adquirir los bienes embargados por un precio previsiblemente superior al que pudiese lograrse mediante la subasta judicial ( LEC art.640.2 ).

2. En cuanto a los **elementos reales**, el convenio ha de versar sobre la **totalidad o parte de los bienes embargados**, siempre que no se trate de aquellos susceptibles de adjudicación forzosa o de venta directa ( LEC art.636.1 ).

## 5788 Procedimiento

Consiste en una **solicitud**, en la que se pide al letrado de la Administración de Justicia que convoque una **comparecencia** con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes trabados.

Si el ejecutante mostrase su **conformidad**, y el letrado de la Administración de Justicia no encontrase motivos razonables para denegarla, la acordará mediante diligencia de ordenación. Esta resolución no suspenderá la ejecución que se estuviese llevando a cabo.

En la comparecencia, los asistentes podrán proponer cualquier **forma de satisfacción** del derecho del ejecutante. El letrado de la Administración de Justicia aprobará el convenio por **decreto** si se logra el acuerdo entre el ejecutante y el ejecutado, y este no pueda causar perjuicios a tercero cuyos derechos proteja esta Ley; y también, si pudiese llegar a causarlos, si se incluyera la conformidad de aquellos a los que afectare.

El efecto inmediato de la **aprobación** del convenio es la **suspensión de la ejecución** respecto del bien o bienes objeto del acuerdo ( LEC art.640.3 ).

Si no se logra el acuerdo, se puede volver a intentarlo cuando las circunstancias del caso lo aconsejen a juicio del letrado de la Administración de Justicia.

Si se acreditara el **cumplimiento del acuerdo**, la ejecución se sobreseerá respecto del bien o bienes a que se refiriese. Por el contrario, si el acuerdo no se cumpliera dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá este pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta en la forma prevista en esta Ley ( LEC art.640.4 ).

### 5790 Enajenación por medio de persona o entidad especializada

(LEC art.636.2 y 641 )

Se realiza la enajenación por persona o entidad **distinta del órgano judicial** o letrado de la Administración de Justicia, pero por su encargo expreso, y, en la mayoría de los supuestos, la aprobación del letrado de la Administración de Justicia ha de entenderse necesaria para su plena eficacia. Se trata, por tanto, también de un acto procesal, pero su naturaleza, dicen los autores, es análoga a la figura de la **encomienda de gestión** que contempla la LRJSP art.11 en el ámbito jurídico administrativo.

El **letrado de la Administración de Justicia** competente para la ejecución decide y aprueba este procedimiento de enajenación forzosa. Pero ha de mediar **petición** del ejecutante, o del ejecutado con consentimiento del ejecutante. Si se trata de la enajenación de **inmuebles**, han de ser oídos quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados ( LEC art.641.1 y 641.3 ).

La encomienda o encargo puede efectuarse a **persona o entidad, pública o privada**, especializada y conocedora del mercado, que reúna los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate ( LEC art.641.1 y 641.3 ).

Este procedimiento de enajenación forzosa podrá acordarse cuando las características del bien embargado así lo aconsejen ( LEC art.641.1 ), tanto si se trata de **muebles** como de **inmuebles**.

### 5792 Procedimiento

Si se trata de bienes **muebles**, basta con la petición del ejecutante, o del ejecutado con el consentimiento del ejecutante, para que el letrado de la Administración de Justicia lo acuerde por **diligencia de ordenación**.

Si se trata de bienes **inmuebles**, antes del decreto del letrado de la Administración de Justicia ha de mediar una **comparecencia** a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados ( LEC art.641.1 y 641.3 ).

El efecto inmediato de la resolución acordando este procedimiento es la obligación de la persona o entidad encargada de **prestar caución** en la cuantía que el letrado de la Administración de Justicia determine para responder del cumplimiento del encargo. No se exigirá esta caución cuando la enajenación se encomiende a una **entidad pública** ( LEC art.641.2 ).

La encomienda o encargo ha de efectuarse siempre en un **plazo**, que la Ley señala en seis meses, prorrogables hasta por otros seis cuando se acredite que no se ha podido cumplir el encargo por motivos no imputables a la persona o entidad encargada, y que dichos motivos ya han desaparecido o es previsible su pronta desaparición ( LEC art.641.5 ).

Cuando el encargo se efectúe a favor de una **entidad especializada**, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subaste o enajene, siempre que no sean **incompatibles** con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses del ejecutante y del ejecutado. De serlo, habrá que entender que no se deberá efectuar el encargo a esa entidad especializada.

En los demás casos, las **condiciones de la enajenación** que se encomiende se determinarán en la resolución que la decida, con base en lo que hayan acordado las partes. A falta de acuerdo, los bienes **muebles** no podrán enajenarse a menos de 50% de su avalúo, y los inmuebles del 70%, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia ( LEC art.641.3 ).

Una vez **consumada la enajenación**, el letrado de la Administración de Justicia la aprueba, o simplemente solicita las **justificaciones** oportunas sobre la realización y sus circunstancias, se supone que en el caso de enajenación por medio de entidad especializada.

La cantidad obtenida se ingresará en la **cuenta de depósitos y consignaciones** del órgano judicial, descontando los **gastos** efectuados y los **honorarios** que correspondan a la persona o entidad enajenante. Igualmente, se procederá a la devolución de la **caución** ( LEC art.641.4 ).

Si en el plazo establecido, o en su prórroga, **no** se procediese a la **enajenación**, el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, revocará el encargo ( LEC art.641.5 ). El importe de la caución se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables.

#### 5794 Subasta: procedimiento ordinario de enajenación forzosa

(LEC art.643 a 675 y disp.adic.6ª )

Funcionalmente, la subasta es un procedimiento destinado a la **elección de un adquirente** de un bien (o de un contratista, en el ámbito del Derecho administrativo, aunque el clásico término subasta ya no forma parte de la nomenclatura de las normas en materia de contratación del sector público por las que se rige la adjudicación de los contratos).

La subasta se llevará a cabo, en todo caso, de **forma electrónica** en el Portal de Subastas, bajo la responsabilidad del letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.644 ).

La LEC configura la subasta como **procedimiento común** u ordinario de enajenación forzosa, y subsidiaria de todos los demás. También puede deducirse de LEC art.641 , aunque no lo diga expresamente, para el supuesto de que fracase la enajenación por persona o entidad especializada.

La regulación legal presenta dos características:

- a diferencia de la antigua ley, se establece una **única subasta**, y no sucesivas;
- se regulan separadamente la subasta de bienes **muebles** ( LEC art.643 a 654 ) y la de bienes **inmuebles** ( LEC art.655 a 675 ).

El procedimiento de la subasta de muebles es el **modelo común**; la de inmuebles y otros muebles sujetos a un régimen de publicidad registral contiene solo especialidades (en este sentido JPI Bilbao auto 4-7-03, Rec 91/01 ). Por tanto, las reglas de la subasta de los muebles son de general aplicación, a salvo las especialidades de la de los inmuebles.

#### 5796 Elementos personales

Corresponde al **letrado de la Administración de Justicia** competente para la ejecución convocar, anunciar, adjudicar, aprobar el remate, entregar los bienes, liquidar y resolver incidentes. Además de él, intervienen en la subasta las siguientes personas:

**1. El ejecutante**, que puede tomar parte en la subasta y **mejorar las posturas** que se hiciesen, sin necesidad de consignar cantidad alguna; asimismo, es el único que puede hacer posturas reservándose la facultad de **ceder el remate** a un tercero. Cuando **fracasa** la subasta, de modo que la postura ofrecida no sea superior al 50% en los muebles, o al 70% en los inmuebles, y el ejecutado no presente tercero que mejore la postura, el ejecutante puede pedir la adjudicación del bien, por la mitad del valor de la tasación, si se trata de **muebles**, o por el 70% de dicho valor, si se trata de **inmuebles**; o bien, por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 70% del valor de tasación y a la mejor postura ( LEC art.647.2, 647.3, 650.3 y 670.4 ).

La adjudicación al ejecutante por estos porcentajes es procedente aunque la cifra que arrojen sea muy inferior a la suma que se le deba. La alternativa que deja la LEC al ejecutante en casos de **subasta sin ningún postor** es solicitar la adjudicación del mismo por el 50% de su valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, debiendo entenderse que esta segunda posibilidad está prevista cuando la cuantía total debida sea inferior al 50%, y no superior; esta es la interpretación congruente con LEC art.670.4 , que expresamente establece que se aprobará el remate en favor del mejor postor siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado ejecución.

Adicionalmente, con efecto 31-10-2011, se especifica que en el caso de las **adjudicaciones solicitadas por el acreedor** ejecutante en los términos previstos en LEC art.655 a 675 (de bienes inmuebles) y siempre que las subastas

en las que no hubiera ningún postor se realicen sobre inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor puede pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Asimismo, y para los citados inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta y el ejecutado no hubiera presentado postor, puede el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70% o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura ( LEC disp.adic.6ª ).

5798 **2. El ejecutado**, en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, puede como deudor **liberar sus bienes** pagando íntegramente lo que deba al ejecutante por **principal, intereses y costas** ( LEC art.650.6 y 670.7 ). Cuando las **posturas** ofrecidas sean **inferiores** al 50% del avalúo, en muebles, o 70% en inmuebles, puede presentar un **tercero** que mejore la postura ofreciendo cantidad superior, o incluso inferior, siempre que resulte suficiente para la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Ello habrá de hacerlo en el plazo de 10 días ( LEC art.650.4 y 670.4 ).

**3. Los licitadores**, en general, para tomar parte en la subasta, han de identificarse de forma suficiente. Han de declarar que conocen las **condiciones** generales y particulares de la subasta; y han de presentar **resguardo** de que han depositado en la cuenta de consignaciones y depósitos el 5% del valor de los bienes. La **consignación** se realiza por medios electrónicos a través del Portal de Subastas, que utiliza los servicios telemáticos que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria pone a su disposición, quien a su vez recibe los ingresos a través de sus entidades colaboradoras ( LEC art. 647 ).

En la subasta de inmuebles, se entenderá que por el solo hecho de participar aceptan como suficiente la **titulación** que consta en autos y que aceptan, asimismo, subrogarse en las **cargas** anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor ( LEC art.647 y 669 ).

El **depósito** se ha de efectuar de acuerdo con LEC art.647.1.3º . En su caso, al constituir el depósito, harán constar si estas cantidades provienen, en todo o en parte, de un tercero, reflejándose en el resguardo, a efectos de su ulterior devolución ( LEC art.647 y 652 ).

**4. Terceros adjudicatarios no licitadores**. Solo el ejecutante o los acreedores posteriores pueden hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La **cesión** se verifica mediante comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien debe aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del precio del remate, que debe hacerse constar documentalmente. Igual facultad corresponde al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados ( LEC art. 647.3 ).

5800 **5. Otros acreedores**. La Ley diferencia entre los **créditos anteriores** al que sirvió de despacho para la ejecución, y los **créditos posteriores**.

Los anteriores han de **informar** al letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.657 ), a petición del ejecutante, sobre la **subsistencia y cuantía** actual de sus créditos. Transcurridos 10 días desde el requerimiento al ejecutado y a los acreedores sin que ninguno de ellos haya contestado, se entiende que la carga, a los solos efectos de la ejecución, se encuentra actualizada al momento del requerimiento en los términos fijados en el título preferente.

A los posteriores al crédito que sirvió de título para la ejecución, el **registrador** les informará de la existencia de la ejecución. Ahora bien, si son posteriores a la fecha de la expedición de la **certificación de cargas y gravámenes**, no se les realiza comunicación alguna, pero, acreditando al órgano judicial la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y demás actuaciones del procedimiento que les afecten ( LEC art.659 ).

**6. Titular registral distinto del ejecutado**. Si la **inscripción** de dominio es **posterior** a la anotación de embargo, lógicamente se mantendrá este y se entenderán con el titular registral todas las actuaciones de realización forzosa. Ahora bien, si la inscripción es **anterior**, el órgano judicial, oídas las partes personadas, ordenará alzar el embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciese como dueño en el Registro, o que el embargo se hubiese trabado teniendo en cuenta tal concepto ( LEC art.658 ).

**7. Tercer poseedor**. Se considera a estos efectos a quienes después de anotado el embargo, o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, **adquieren el pleno dominio**, el usufructo, la nuda propiedad, el dominio directo o el dominio útil de un inmueble, en virtud de venta o adjudicación en ejecución. La consecuencia es doble: se entenderán con él las actuaciones ulteriores y puede liberar el bien satisfaciendo lo que deba el acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto al bien, y con aplicación de lo dispuesto en LEC art.613 ( LEC art.662 ).

**8. Arrendatarios y ocupantes de hecho**. Se les notifica la existencia de la ejecución para que en el plazo de 10 días presenten al letrado de la Administración de Justicia ( LEC art.675.3 ) los **títulos** que justifiquen su situación. El ejecutante puede pedir que se declare que no tienen derecho a permanecer en el inmueble. Se tramitará entonces el incidente de **lanzamiento**, cuya resolución mediante auto no produce efecto de cosa juzgada, pues el auto dejará



a salvo, cualquiera que fuese su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejecutarse en el juicio que corresponda ( LEC art.661 y 675 ).

5802

#### Precisiones

Es sabida la intervención que en toda ejecución forzosa sobre bienes inmuebles se reconoce al **tercer poseedor**, esto es, a la persona que adquiere el dominio -también la nuda propiedad o el usufructo- sobre el bien afecto con posterioridad a la consignación registral del comienzo del apremio: puede liberar el bien «satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas», o bien oponerse a la ejecución ( LEC art.538.3 y 662.3 ).

En cualquier caso, la LEC determina los presupuestos a que se sujeta la **liberación** del bien. En primer lugar, se hallan los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien. En segundo lugar, la remisión que efectúa la LEC art.662.3 a 613.3 , traslada a la vía de apremio ordinaria sobre bienes inmuebles el principio de **especialidad registral**, pero nótese que no extiende la protección que deriva de ese principio (la responsabilidad del tercero solo alcanza a los conceptos e importes reflejados en el correspondiente asiento registral) a toda clase de terceros poseedores, sino que la restringe a aquellos que traigan su derecho de «otra ejecución». Con dicho inciso se mantiene la protección suficiente de los terceros confiados en la **publicidad registral**, pero excluyendo de aquella -en un intento de evitar confabulaciones entre el deudor y terceros en perjuicio del acreedor preferente- a quien adquiere el bien anotable extrajudicialmente por medio de un negocio estrictamente voluntario ( AP Barcelona 4-11-02, EDJ 80165 ).

#### 5804 Elementos reales

(LEC art.643)

La enajenación forzosa se efectúa de modo individualizado, por **cada uno de los bienes** embargados, vendiéndose sucesivamente, salvo que resultase conveniente, en el caso de los bienes muebles, enajenarlos por lotes. La formación de estos **lotes** la efectuará el secretario, previa **audiencia** de las partes.

Dispone la LEC art.643.2 que no se convocará subasta de bienes o lotes de bienes cuando, según su tasación o valoración definitiva, sea previsible que con su realización no se obtendrá una cantidad de dinero que supere, cuando menos, los gastos originados por la misma subasta; la **no convocatoria de la subasta** debe decretarse por medio de resolución judicial que aplique LEC art.643 y que estime ineficiente el desarrollo del procedimiento contenido en LEC art.624 s. , y no es procedente que conste en una mera diligencia de lanzamiento ( AP Las Palmas auto 22-7-10, EDJ 273267 ).

#### 5806 Actos preparatorios de la subasta

(LEC art.666)

En la subasta de inmuebles y muebles sujetos a un régimen de **publicidad registral**, del valor de la tasación pericial se deduce el importe de todas las **cargas y derechos anteriores** al gravamen por el que se hubiese despachado la ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas. Esta operación la realiza el letrado de la Administración de Justicia, teniendo en cuenta la **cuantía actual** de estas cargas y gravámenes, y el importe resultante ha de constituir el **tipo de la subasta** ( AP Burgos auto 27-10-05, EDJ 342957 ). Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el letrado de la Administración de Justicia dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien. Igualmente, en el caso de los **bienes muebles**, no se convocará la subasta cuando su valor sea inferior a los gastos que previsiblemente haya de originar la subasta ( LEC art.643.2 ).

La **titulación** es especialmente significativa en la subasta de inmuebles y de muebles sujetos a régimen de publicidad registral. Tiene una doble vertiente:

a) Por un lado, la **certificación de dominio y de cargas** que ha de expedir el Registro de la Propiedad correspondiente, previo mandamiento del órgano judicial, y cuya expedición se hará constar por medio de **nota marginal** ( LEC art.656 ). La certificación registral, en su caso, puede consultarse a través del Portal de Subastas.

b) Por otro, los **títulos de propiedad** que ha de presentar el ejecutado, a requerimiento del órgano judicial. El ejecutado podrá alegar que se subsanen las faltas o se suplan las insuficiencias que observare. Si el ejecutado no presentare los títulos, se le puede apremiar, o se pueden obtener los títulos directamente del **Registro** en que se encuentren, o suplir su falta por los medios establecidos en el Título VI de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, la **falta de estos títulos** o de su suplencia, no impide que se saquen los bienes a subasta, expresándose esta circunstancia en los edictos, y observándose en estos casos lo dispuesto en RH art.140.5 ( LEC art.663 a 665 ).

En la **subasta de bienes inmuebles**, durante el periodo de licitación cualquier interesado en la subasta puede solicitar del Tribunal inspeccionar el inmueble o inmuebles ejecutados, quien lo comunica a quien está en la posesión, solicitando su consentimiento. Cuando el poseedor consienta la inspección del inmueble y colabore adecuadamente ante los requerimientos del tribunal para facilitar el mejor desarrollo de la subasta del bien, el deudor puede solicitar al tribunal una **reducción de la deuda** de hasta un 2% del valor por el que el bien hubiera sido adjudicado si fuera

el poseedor o este hubiera actuado a su instancia. El tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante por plazo no superior a 5 días, decidirá la reducción de la deuda que proceda dentro del máximo deducible ( LEC art.669.3 ).

### 5810 Celebración de la subasta

La subasta se convoca fijando **fecha, hora y lugar** de celebración y se anuncia:

a) Por **edictos** que se fijarán en sitio destacado, público y visible en la sede de la oficina judicial y lugares públicos de costumbre.

b) En el **BOE**, sirviendo el anuncio de notificación al ejecutado no personado. El letrado de la Administración de Justicia ante el que se siga el procedimiento de ejecución ordenará la publicación del anuncio de la convocatoria de la subasta remitiéndose el mismo, con el contenido a que se refiere el artículo siguiente y de forma telemática, al BOE.

A efectos informativos, se publicará el anuncio de la subasta en el **Portal de la Administración de Justicia** y además, a instancia del ejecutante o del ejecutado y si el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución lo juzga conveniente, se dará a la subasta la publicidad que resulte razonable, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar.

Cada parte estará obligada al pago de los **gastos** derivados de las medidas que, para la publicidad de la subasta, hubieran solicitado, sin perjuicio de incluir en la tasación de costas los gastos que, por la publicación en el BOE, se hubieran generado al ejecutante. ( LEC art.644 y 645 ).

La Ley determina el **contenido** de estos anuncios ( LEC art.646 ).

La subasta admitirá **posturas** durante un plazo de 20 días naturales desde su apertura. La subasta no se cerrará hasta transcurrida una hora desde la realización de la última postura, siempre que esta fuera superior a la mejor realizada hasta ese momento, aunque ello conlleve la ampliación del plazo inicial de veinte días a que se refiere este artículo por un máximo de 24 horas.

En el caso de que el letrado de la Administración de Justicia tenga conocimiento de la declaración de concurso del deudor, mediante decreto procede a la **suspensión de la ejecución** y procederá a dejar sin efecto la subasta, aunque esta ya se hubiera iniciado. Tal circunstancia se comunicará inmediatamente al Portal de Subastas.

La suspensión de la subasta por un periodo superior a 15 días llevará consigo la **devolución de las consignaciones**, retro trayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio.

La **reanudación** de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio como si de una nueva subasta se tratase.

En la fecha del cierre de la subasta y a continuación del mismo, el Portal de Subastas remitirá al letrado de la Administración de Justicia información certificada de la **postura** telemática que hubiera resultado **vencedora**, con el nombre, apellidos y dirección electrónica del licitador.

En el caso de que el mejor licitador **no complete el precio ofrecido**, a solicitud del letrado de la Administración de Justicia, el Portal de Subastas le remitirá información certificada sobre el importe de la siguiente puja por orden decreciente y la identidad del postor que la realizó, siempre que este hubiera optado por la reserva de postura a que se refiere la LEC art.652.1 párrafo segundo .

**Terminada la subasta** y recibida la información, el letrado de la Administración de Justicia dejará constancia de la misma, expresando el nombre del mejor postor y de la postura que formuló.

### 5811 Subasta electrónica

(LEC art.648)

La realización de la subasta electrónica debe sujetarse a las siguientes **reglas**:

1. La subasta tiene **lugar** en el Portal dependiente de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para la celebración electrónica de subastas a cuyo sistema de gestión tendrán acceso todas las Oficinas judiciales. Todos los intercambios de información que deban realizarse entre las Oficinas judiciales y el Portal de Subastas se realizarán de manera telemática. Cada subasta estará dotada con un número de identificación único.
2. La subasta **se abre** transcurridas, al menos, 24 horas desde la publicación del anuncio en el BOE cuando haya sido remitida al Portal de Subastas la información necesaria para el comienzo de la misma.
3. Una vez abierta la subasta solamente se pueden realizar **pujas electrónicas** con sujeción a las normas de esta Ley en cuanto a tipos de subasta, consignaciones y demás reglas que le fueran aplicables. En todo caso, el Portal de Subastas informará durante su celebración de la existencia y cuantía de las pujas.
4. Para poder participar en la subasta electrónica, los interesados deben estar dados de **alta** como **usuarios** del sistema, accediendo al mismo mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos de acuerdo con lo previsto en la L 59/2003 , de firma electrónica, de forma que en todo caso exista una plena

identificación de los licitadores. El alta se realiza a través del Portal de Subastas mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos e incluirá necesariamente todos los datos identificativos del interesado. A los ejecutantes se les identificará de forma que les permita comparecer como postores en las subastas dimanantes del procedimiento de ejecución por ellos iniciado sin necesidad de realizar consignación.

5. El ejecutante, el ejecutado o el tercer poseedor, si lo hubiera, pueden, bajo su responsabilidad y, en todo caso, a través de la oficina judicial ante la que se siga el procedimiento, enviar al Portal de Subastas toda la **información** de la que dispongan sobre el **bien objeto de licitación**, procedente de informes de tasación u otra documentación oficial, obtenida directamente por los órganos judiciales o mediante Notario y que a juicio de aquellos pueda considerarse de interés para los posibles licitadores. También puede hacerlo el letrado de la Administración de Justicia por su propia iniciativa, si lo considera conveniente.

6. Las **pujas** se envían telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de Subastas, que devolverá un **acuse técnico**, con inclusión de un sello de tiempo, del momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía. El postor debe también indicar si consiente o no la reserva a que se refiere la LEC art.652.1 párrafo segundo y si puja en nombre propio o en nombre de un tercero. Son admisibles posturas por importe superior, igual o inferior a la más alta ya realizada, entendiéndose en los dos últimos supuestos que consienten desde ese momento la **reserva de consignación** y serán tenidas en cuenta para el supuesto de que el licitador que haya realizado la puja igual o más alta no consigne finalmente el resto del precio de adquisición. En el caso de que existan posturas por el mismo importe, se preferirá la anterior en el tiempo. El portal de subastas solo publica la puja más alta entre las realizadas hasta ese momento.

### 5812 Aprobación del remate

Cuando la **mejor postura** sea igual o superior al 50% del avalúo, el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto, en el mismo día o en el siguiente, aprobará el remate en favor del mejor postor. El rematante habrá de consignar el importe de dicha postura, menos el del depósito, en el plazo de 10 días y, realizada esta consignación, se le pondrá en posesión de los bienes ( LEC art.650.1 ). Este plazo es de 40 días en el caso de inmuebles, con postura mínima igual o superior al 70% del avalúo ( LEC art.670.1 ).

Ahora bien, cabe que se planteen las siguientes incidencias: que no se alcanzasen con las posturas esos límites; que no haya postores; y que se haya celebrado una subasta simultánea en varios partidos judiciales.

1. Si no se alcanzan los **límites mínimos**, el ejecutado puede presentar persona que mejore la postura, y el ejecutante puede pedir la adjudicación. Al ejecutante también se le ofrece esta posibilidad de adjudicarse los bienes, si la postura, superior a los límites, ofreciese pagar a plazos con garantías suficientes ( LEC art.650.3 ).

De no hacerse uso de estos derechos, se aprobará el **remate**, siempre que las posturas fuesen superiores respectivamente al 30% y al 50% para los muebles y para los inmuebles.

Por último, puede aprobarse el remate cuando las **posturas sean inferiores**, oídas las partes y atendiendo las circunstancias del caso, teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Si, atendidas estas circunstancias, no se aprobase el remate, se procederá como si no hubiese ningún postor ( LEC art.650.4 y 670.4 ).

5813 2. Si no hubiese **ningún postor**, el ejecutante puede pedir la adjudicación del bien mueble, por el 30% del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos (en ningún caso, ni aun cuando actúe como postor rematante, podrá el acreedor ejecutante adjudicarse los bienes, ni ceder el remate o adjudicación a tercero, por cantidad inferior al 30% del valor de tasación). En el caso de **inmuebles o asimilados**: si no se tratara de la vivienda habitual del deudor, por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos; si se tratara de la vivienda habitual del deudor, por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad debida por todo concepto es inferior a ese porcentaje, por el 60%; aplicando, en todo caso, la regla de imputación de pagos establecida en LEC art.654.3 (nº 7575 ). Si en el plazo de 20 días no lo hiciera, se procederá por parte del letrado de la Administración de Justicia al **alzamiento del embargo**, a instancias del ejecutado ( LEC art.651 y 671 ).

3. Si se hubiera celebrado **subasta simultánea** en varios juzgados de distintos partidos judiciales en los que total o parcialmente radiquen los bienes inmuebles subastados, el letrado de la Administración de Justicia no aprobará el remate hasta conocer las posturas efectuadas, celebrando una comparecencia en caso de empate para una licitación dirimente ( LEC art.673 ).

#### Precisiones

La interpretación que debe hacerse de LEC art.671 excluye que solo se pueda acudir a la facultad de adjudicarse el bien por el porcentaje de su valor de tasación solo en el caso de que la **deuda sea igual o inferior** a ese valor,

entendiendo que se la adjudica por la cantidad que se le deba por todos los conceptos cuando la deuda es superior ( AP Ciudad Real 7-3-06, EDJ 65993 ).

#### 5814 **Actividades complementarias y efectos de la subasta**

El efecto inmediato de la aprobación del remate es la **devolución de los depósitos** por el letrado de la Administración de Justicia a los que no hubiesen resultado adjudicatarios, salvo que ellos mismos soliciten que no se devuelvan hasta que el adjudicatario cumpla en plazo su obligación de pagar el precio del remate, ya que, de no hacerlo, puede aprobarse el remate en favor de los que le sigan, por orden de sus respectivas posturas ( LEC art.652 ).

Para el **rematante** surge la obligación de **pagar el precio** del remate, en el plazo establecido. Puede solicitar que se suspenda dicho plazo, si hubiese obtenido un **préstamo con garantía hipotecaria** sobre ese derecho de remate ( LH art.107.12 ). En este caso, el letrado de la Administración de Justicia expedirá inmediatamente testimonio del decreto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio. Pero el plazo para pagar se reanudará una vez entregado el testimonio. Pagado el precio del remate e **inscrito el dominio** a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, pero variando el objeto, y recayendo directamente sobre los bienes adjudicados ( LEC art.670.6 ).

La ley regula minuciosamente el **destino de las sumas obtenidas**, con la peculiaridad para los inmuebles de que el remanente, después de pagar el principal y las costas, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante ( LEC art.654.1 y 2 y 672 ). Para ello se regula un **incidente** encaminado a acreditar la subsistencia y exigibilidad de estos créditos.

#### 5816 En el caso de que la **ejecución resulte insuficiente** para saldar toda la cantidad por la que se haya despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante ella, dicha cantidad se imputa por el siguiente **orden**:

- intereses remuneratorios;
- principal;
- intereses moratorios; y
- costas.

Además, el tribunal ha de expedir **certificación** acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas ( LEC art.654.3 ).

Pagado el precio del remate, se produce la **transmisión de la propiedad** de la cosa subastada, subsistiendo las cargas anteriores, y cancelándose las posteriores y la propia anotación de embargo. Será título bastante para la **inscripción** en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en LH art.134 ( LEC art.672.2) y a instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.

Asimismo, el letrado de la Administración de Justicia mandará la **cancelación** de todas las **inscripciones y anotaciones** posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación de dominio y cargas, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación.

A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al **Registro o Registros de la Propiedad** correspondientes ( LEC art.674 ).

Finalmente, se prevé, en fin, un **incidente de entrega de posesión** al adquirente, que en todo caso habrá de plantearse en el plazo de un año, en congruencia con la naturaleza posesoria de la acción que se ejercita ( LEC art.675 ), y sin perjuicio de hacer valer su derecho por el ejercicio de otras acciones.

#### c. **Administración forzosa**

(LEC art.630 a 633 y 676 a 680 )

#### 5820 Es un procedimiento de realización forzosa en el que se utilizan los **rendimientos** de un bien, sus **frutos o productos**, para con ellos satisfacer la pretensión del ejecutante. Ha de diferenciarse de la **administración cautelar**, que es una

modalidad de **embargo** caracterizada porque en esta los frutos o productos siguen afectados al proceso, mientras que en la administración forzosa dichos frutos o productos se destinan directa e inmediatamente al acreedor ejecutante, el cual los hace suyos tan pronto como se produzcan o devenguen.

La LEC diferencia entre:

- la administración cautelar o modalidad de embargo, que denomina **administración judicial** ( LEC art.630 a 633 ); y
- la administración forzosa o ejecutiva, a la que denomina **administración para pago** ( LEC art.676 a 680 ), que es la que se examina a continuación.

#### 5822 Requisitos

(LEC art.676.1 y 2)

**1. Subjetivos.** El **ejecutante** es el único legitimado para pedir que se le entreguen los bienes en administración.

Al **ejecutado** se le oirá en los tres momentos de la administración:

- en su **constitución**, para acordar dicha administración;
- en su **desarrollo**, en la rendición de cuentas y en cualquier otro incidente que pueda surgir y;
- en su **terminación**, a la rendición de la **cuenta general** y **devolución** de los bienes.

También prevé la ley que en la constitución se dé audiencia a los terceros titulares de derechos sobre el bien embargado, inscritos o anotados con posterioridad al del ejecutante.

**2. Objetivos.** La administración para pago puede constituirse sobre **todo o parte de los bienes embargados**. Como su finalidad es aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución, ha de tratarse de bienes que por su naturaleza sean fructíferos.

#### 5824 Constitución

(LEC art.676)

La **solicitud** se puede formular en cualquier tiempo. El letrado de la Administración de Justicia debe dar **audiencia** al ejecutado, aunque expresamente no lo diga la Ley, pero se deduce de lo dispuesto en la LEC art.677 y 678 ; asimismo dará audiencia a los titulares de los derechos antes referidos.

Previo **inventario**, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto poniendo en **posesión** de los bienes al ejecutante, el cual puede solicitar que dicha puesta en posesión se le dé a conocer a las personas que el mismo ejecutante designe. El letrado de la Administración de Justicia, a instancias del ejecutante, podrá imponer **multas** coercitivas al ejecutado o a los terceros que impidan o dificulten el ejercicio de las facultades del administrador, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que aquellas hubieran podido incurrir.

#### 5826 Desarrollo de la administración

(LEC art.677 a 679 )

Los **criterios** de administración serán los que se hayan **pactado** entre ejecutante y ejecutado. En su defecto, se entenderá que los bienes han de ser administrados según la costumbre del país.

Salvo que otra cosa acuerde el letrado de la Administración de Justicia o convengan las partes, el acreedor ejecutante **rendirá cuentas** anualmente al letrado de la Administración de Justicia. De estas, se dará traslado al ejecutado, por el plazo de 15 días. Si formulase **alegaciones**, se le dará traslado de las mismas al ejecutante, para que en el plazo de 9 días manifieste si está o no conforme con ellas. Si no hay acuerdo, se convocará una comparecencia en el plazo de 5 días, y se admitirán pruebas, cuya práctica se efectuará en un plazo no superior a 10 días.

El letrado de la Administración de Justicia resolverá mediante decreto en el plazo de 5 días sobre la **aprobación o rectificación** de las cuentas presentadas.

Las restantes controversias puedan surgir entre ejecutante y ejecutado, distintas de la rendición de cuentas, se sustanciarán por los trámites del **juicio verbal**.

#### 5830 Terminación

(LEC art.680)

Normalmente terminará cuando el ejecutante se haya hecho **pago de su crédito**, intereses y costas, con el producto de los bienes administrados.

Se supone, aunque no lo diga la Ley, que habrá de **rendir una cuenta general** o final. Lo que sí dice la Ley es que los bienes volverán al poder del ejecutado.

Excepcionalmente terminará, bien porque el **ejecutado pague** lo que reste de deuda, según el último estado de cuenta presentado por el acreedor; o bien porque el ejecutante, al no lograr la satisfacción de su derecho mediante la administración, pida al letrado de la Administración de Justicia que ponga término a esta y proceda a la **realización forzosa** por otros medios. En uno y otro caso se le devuelve la posesión al deudor y habrá que rendir cuenta general por parte del ejecutante en los 15 días siguientes.

| CAPÍTULO 3

## Litigación penal

6000	Sección Preparación del proceso	6005
	1.	
	Sección Fase decisoria	6450
	2.	
	Sección Recursos	6645
	3.	
	Sección Ejecución de sentencia	6705
	4.	
	Sección Proceso penal abreviado	6728
	5.	
	Sección Juicio por delitos leves	6735
	6.	
	Sección Procesos penales particulares	6740
	7.	

| SECCIÓN 1

## Preparación del proceso

6005	I. Fase de instrucción o sumario	6008
	A. Aspectos generales de la instrucción	6010
	B. Iniciación de la instrucción	6012
	C. Desarrollo de la instrucción	6060
	D. Conclusión de la instrucción	6375
	II. Fase intermedia	6395
	A. Aspectos generales de la fase intermedia	6398
	B. Sobreseimiento	6400
	C. Apertura de juicio oral	6440

### I. Fase de instrucción o sumario

6008 La fase del proceso conocida como instrucción o **investigación criminal** se integra por un conjunto diverso de actuaciones que tienen por objeto averiguar y hacer constar indiciariamente la existencia del hecho delictivo, y la identidad de los partícipes en el mismo, así como la adopción de las medidas cautelares precisas para hacer posible el juicio oral y proteger, en su caso, a la víctima del delito ( LECr art.299 y 777.1 ; LO 2/1989 art.146 ).

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** de la fase de instrucción, ver nº 1300 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Penal.

#### A. Aspectos generales de la instrucción

6010 La **competencia funcional** para instruir las causas penales varía dependiendo:

- del órgano de enjuiciamiento; y

- del proceso de que se trate.

Ha de tenerse en cuenta que, en los **juicios por delitos leves**, no existe la fase de instrucción.

En el siguiente **cuadro** se exponen los juzgados competentes para conocer de la instrucción según las causas.

Juzgados de instrucción y juzgados de violencia sobre la mujer ( LECr art.14.2 y LOPJ art.87 ter )	Instruyen las causas que enjuician, dependiendo del proceso (proceso ordinario por delitos graves, proceso abreviado, juicio por jurado, enjuiciamiento rápido de delitos)	Juzgados de lo penal y Audiencia provincial (sección penal) y Tribunal del jurado (ámbito de una audiencia provincial)
Juzgados centrales de instrucción ( LECr art.14.2 y LOPJ art.87 ter )	Instruyen las causas que enjuician, dependiendo del proceso y de la pena del delito a enjuiciar (proceso ordinario por delitos graves, proceso abreviado)	Juzgados centrales de lo penal y Audiencia Nacional (Sala de lo Penal)
Un magistrado de la sala competente que no puede formar parte de la misma que enjuician ( LOPJ art.57.2, 61.2 y 73.4 )	Instruyen las causas que enjuician, dependiendo del sujeto aforado	Tribunal superior de justicia (sala de lo civil y penal) y Tribunal Supremo (Sala Segunda y Sala del art.61)
Un magistrado de la sala del Tribunal Supremo o del tribunal superior de justicia que no puede ser nombrado magistrado presidente ( LOPJ art.57.2, 61.2 y 73.4 )	Instruyen las causas que enjuician, dependiendo del sujeto aforado	Tribunal del jurado (ámbito tribunal superior de justicia) y Tribunal del jurado (ámbito Tribunal Supremo)
Ministerio Fiscal ( LO 1/1996 )	Instruyen las causas que enjuician, dependiendo del delito en el enjuiciamiento de menores de 18 años y mayores de 14 en los procesos penales de menores)	Juzgado de menores y Juzgado Central de Menores

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** de la fase de instrucción, ver nº 1300 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Penal.

## B. Iniciación de la instrucción

6012	1. Denuncia y querrela	6015
	2. Atestado policial	6045
	3. Incoación de oficio	6052
	4. Auto de incoación del sumario	6054
	5. Formación del sumario	6056

### 1. Denuncia y querrela

**6015** Debe distinguirse entre la denuncia y la querrela pública y privada, atendiendo también a que los delitos sean:

- perseguibles de oficio (nº 6016 ); o
- perseguibles a instancia de parte (nº 6030 ).

### 6016 Denuncia pública

La denuncia es un instrumento a través del cual se pone en conocimiento de la autoridad la existencia de un **hecho** que puede revestir **carácter delictivo** y cuya calificación sea la de delito **perseguible de oficio**.

a) **Denunciante**. La denuncia se puede constituir como una obligación ( LECr art.259 , 260 , 261 y 262 ) o como un deber ( LECr art.264 ), aunque existen exenciones del deber de denunciar por incapacidad ( LECr art.260 ) y por parentesco que incluye al cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad y a los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive ( LECr art.261 ) y prohibiciones de denunciar a determinadas personas por la profesión o ministerio que desempeñan (abogados, procuradores, eclesiásticos y ministros de culto disidentes ( LECr art.263 ).

No se descarta por la LECr la denuncia anónima, negándose por supuesto el valor probatorio de la misma ( TS 7-12-00, EDJ 43529 ; FGE Instr 3/1993 , de 16-3, párrafo 2º . La denuncia anónima: su virtualidad como *notitia criminis*).

El Tribunal Supremo ha asumido la **doctrina** de la **Fiscalía General**. La cualidad de anónima de una denuncia no impide automática y radicalmente la investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima deba ser contemplada con recelo y desconfianza. Sin embargo, al no proscribirla expresamente la LECr , no puede decretarse *a limine* su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras. En tales casos, el juez debe actuar con gran prudencia, y no puede ni debe actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo de la denuncia anónima. Pero si esta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance, en la comprobación, *«prima facie»*, de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo, de oficio, si el delito fuera público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito. ( FGE Circ 4/2013 ; TS 19-7-01, EDJ 16219 ).

b) **Denunciado**. No es necesario que sea individualizado, pues en muchos supuestos se ignora quien ha podido cometer el presunto hecho delictivo.

c) **Destinatario de la denuncia**. Si bien el único destinatario de la denuncia es el órgano jurisdiccional competente, la Ley permite su presentación a cualquier juez instructor, al Ministerio Fiscal, y, en su defecto, a la policía.

d) **Contenido y forma de la denuncia**. Las denuncias pueden hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial ( LECr art.265 , 266 , 267 y 268 ).

### 6018 e) Efectos de la denuncia ( LECr art.269 ). Pueden darse varios supuestos:

- En caso de **admisión**: Se dicta auto de incoación del sumario una vez formalizada la denuncia y se procede o manda proceder inmediatamente por el juez o funcionario a la comprobación del hecho denunciado. Ello conlleva el efecto general de litispendencia ( LECr art.306 y 308 ), y la realización de actuaciones judiciales y policiales de prevención y de protección, por ello en relación con las víctimas cuando entren en contacto con la policía judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al juez o tribunal ( LECr art.282 ). Pero la ley previene que cuando **no** exista **autor conocido** del delito la policía judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo de la LECr art.284 , de tal manera que la policía judicial comunicará al denunciante que en caso de no ser identificado el autor en el plazo de 72 horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción ( LECr art.284 ).
- En el supuesto de **inadmisión** de la denuncia: Se dicta auto de desestimación si el hecho denunciado no reviste carácter de delito o la denuncia es manifiestamente falsa contra el cual procede **recurso de reforma y de queja**, siguiendo las reglas generales.
- Como **excusa absolutoria**: Tiene eficacia exonerante respecto de los particulares en los delitos de cohecho ( CP art.426 ) y produce efectos enervantes de la transcendencia absolutoria de la regularización voluntaria por el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria o de la contraída con la Seguridad Social en los delitos contra la misma ( CP art.305.4, 307.3 y 308.4 ).



## 6020 Querella pública

Es un instrumento a través del cual se pone en conocimiento de la autoridad la existencia de un hecho que puede revestir carácter delictivo y se manifiesta al órgano jurisdiccional la **voluntad de ser parte del proceso**, ejercitando la acción penal.

a) **Requisitos** ( LECr art.277 ). La querella se presenta siempre por medio de procurador con poder bastante y suscrita por letrado. Se extiende en papel de oficio.

b) **Querellante**. Debe expresar, los nombres, apellidos y su domicilio, si se presenta como acusadores particulares o populares. El procurador necesita poder especialísimo según la doctrina y la jurisprudencia, aunque en la práctica basta con la firma del querellante para salvar el posible defecto.

c) **Querellado**. Se exige por ley la identificación del querellado, a diferencia con la denuncia, con expresión de su nombre, apellidos y vecindad, pero si se desconocen se debe hacer la designación del querellado por las señas que mejor puedan darle a conocer.

6022 d) **Destinatario de la querella**. Hay que contemplar una regla general y una excepción a la misma.

**Regla general** ( LECr art.272 ): la querella se interpone ante el juez de instrucción competente. Si el querellado está sometido, por disposición especial de la Ley, a determinado tribunal, ante este se interpone la querella. Lo mismo se hace cuando sean varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos, y alguno de aquellos esté sometido excepcionalmente a un tribunal que no sea el llamado a conocer, por regla general, del delito.

**Excepción** ( LECr art.273 ): cuando se trate de un delito *in fraganti* o de los que no dejan señales permanentes de su perpetración, o en que sea de temer fundadamente la ocultación o fuga del presunto culpable, el particular que intente querellarse del delito puede acudir al juez de instrucción o municipal que esté más próximo, o a cualquier funcionario de policía, a fin de que practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos y para detener al delincuente.

6024 e) **Efectos de la querella**. En caso de **procedencia** ( LECr art.312 ), el juez de instrucción, después de admitirla si es procedente, manda practicar las diligencias que en ella se propongan, salvo las que considere contrarias a las leyes, o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, las cuales deniega en resolución motivada.

En caso de **improcedencia** ( LECr art.313 ), desestima en la misma forma la querella cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma. Contra el auto procede el recurso de apelación, que es admisible en ambos efectos.

## b. Delitos perseguibles a instancia de parte

6030 Si bien la mayoría de los delitos tienen carácter público, existen algunos que su persecución (requisito de procedibilidad) está condicionada a la **denuncia de la parte ofendida** o de la querella en otros lo que da lugar a la denuncia y a la querella privada.

## 6032 Denuncia privada

La denuncia privada no solo es una manifestación de la existencia de la «*notitia criminis*» sino que es una **manifestación de voluntad del agraviado** de que se persiga el delito. La denuncia se convierte en un derecho y no en una obligación y una vez salvado el obstáculo de procedibilidad, el proceso continúa como si de un delito público se tratase, salvo para las **diligencias de prevención**. Los efectos de la ausencia de denuncia se consideran un vicio de anulabilidad convalidable por actos posteriores del agraviado en el proceso sin que se oponga a la continuación del mismo ( TS 20-11-00, EDJ 38951 ).

## 6034 Regla general

Están condicionados a la presentación de denuncia los siguientes **delitos**: Delitos de reproducción asistida in consentida ( CP art.161 ), delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales ( CP art.191 ), delito de incumplimiento de los deberes legales de asistencia e impago de ciertas prestaciones económicas en el ámbito familiar ( CP art.228 ), los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros ( CP art.267 ), algunos delitos relativos al mercado y a los consumidores ( CP art.287 ), los delitos societarios ( CP art.296 ), los delitos de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones leves ( CP art.171.7 y 172.3 ), salvo que el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el CP art.173.2 , en cuyo caso no será exigible la denuncia, excepto para la persecución de las injurias y vejaciones leves que se produzcan en el ámbito de la violencia de género pues fuera de estos supuestos han quedado despenalizadas las injurias y vejaciones leves ( CP art.173.4 ).

## 6036 Excepciones

Cuando la víctima sea **menor de edad, incapaz o persona con discapacidad** necesitada de especial protección también puede denunciar el Ministerio Fiscal ( CP art.130.4º, 191 , 228 , 287 y 296 ).

Pierden el carácter de **delito semipúblico** los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, pues además de la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal, se permite la querrela por el Ministerio Fiscal, que actúa ponderando los legítimos intereses en presencia en cada caso concreto ( CP art.191 ). También pierden el carácter de delito semipúblico y, por tanto, no es precisa la denuncia del agraviado cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cometidos por autoridad o funcionario público ( CP art.198 y 201 ), en los delitos contra el mercado y los consumidores ( CP art.287 ), salvo los supuestos del CP art.284 y 285 , salvo que el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas y en los delitos societarios ( CP art.296 ).

En los supuestos amparados por el Convenio Europeo sobre la **transmisión de procedimientos** en materia penal núm 73 del Consejo de Europa (BOE 10-6-85) se establece que si en ambos Estados la instrucción de procedimiento tiene que hacerse a instancia de parte, la querrela o denuncia presentada en el Estado requirente tiene **validez** como tal **en el Estado requerido**. Si solo en el Estado requerido la instrucción de procedimiento tiene que hacerse a instancia de parte, este Estado puede instruir el procedimiento aunque no se presente la correspondiente querrela o denuncia, si la **persona legitimada** para formularla **no se opone a ella** en un plazo de un mes después de recibir la notificación en la cual la autoridad competente le informe de dicho derecho.

#### 6038 Querrela privada

Otros delitos, llamados privados, condicionan el inicio de su persecución a la presentación de querrela. Son los delitos de **calumnia** y las **injurias**, salvo cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, que se procede de oficio ( CP art.215 ) y la exigencia al Ministerio Fiscal de la presentación de querrela para proceder por los delitos de **agresiones, acoso o abusos sexuales**, salvo que la víctima sea menor de edad, que basta con la denuncia ( CP art.191.1 ).

#### 6040 Requisitos de documentación

(LECr art.278 y 279 )

Se acompaña la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el **acto de conciliación** entre querellante y querrellado, aunque pueden, sin embargo, practicarse sin este requisito las **diligencias de carácter urgente** para la comprobación de los hechos o para la detención del delincuente.

En los delitos de **calumnia e injuria causadas en juicio** se presenta, además, la licencia del juez o tribunal que haya conocido de aquel, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal.

#### 6042 Abandono de la querrela

(LECr art.275 y 276 )

La querrela se entiende abandonada por el que la haya interpuesto cuando **dejase de instar el procedimiento** dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto en que el juez o tribunal así lo haya acordado.

Se tiene también por abandonada la querrela cuando por **muerte** o por haberse **incapacitado el querellante** para continuar la acción, no comparezca ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla dentro de los 30 días siguientes a la citación que al efecto se les hará, dándoles conocimiento de la querrela.

## 2. Atestado policial

---

6045 El atestado es el **documento redactado por la policía** cuando habiendo recibido una denuncia o habiendo presenciado el hecho punible realiza unas **primeras diligencias** para averiguar el autor del delito y asegurar los efectos del mismo. Los funcionarios de policía judicial extienden, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especifican con la **mayor exactitud los hechos** por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hayan observado y puedan ser prueba o indicio del delito ( LECr art.292 ).

#### 6046 Requisitos

(LECr art.293 , 294 , 295 y 296 )

Para cumplimentarlo, el atestado se **firma** por el que lo haya extendido, y si usa **sello** lo estampa con su rúbrica en todas las hojas. Además, las **personas presentes, peritos y testigos** que hayan intervenido en las diligencias relacionadas en el atestado, son invitadas a firmarlo en la parte a ellos referente. Si no lo hacen, se expresa la razón.

La **remisión del atestado** a la autoridad judicial y su copia al Ministerio Fiscal debe realizarse en el **plazo máximo** de 24 horas desde que acaecieron los hechos, salvo supuestos de **fuerza mayor** o cuando **no exista autor conocido** del

delito, en estos supuestos la policía judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes **circunstancias**:

**a)** Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción.

**b)** Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas 72 horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado.

**c)** Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión.

De conformidad con el derecho reconocido en L 4/2015 art.6 , del estatuto de la víctima del delito, la policía judicial comunicará al denunciante que en caso de **no ser identificado el autor** en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción ( LECr art.284.2 ).

#### 6048 Valor probatorio del atestado policial

(LECr art.297)

En principio, el atestado tiene valor de **mera denuncia**. Por ello, para que tenga eficacia probatoria se ha de introducir en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios como el **testimonio** de los agentes firmantes del atestado en el acto del juicio oral.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha concretado el valor probatorio del atestado:

1. Al atestado se le concede valor de elemento probatorio si es **reiterado y ratificado** en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo ( TCo 173/1997 ). Tratándose de **diligencias objetivas** y de **resultado incontestable**, como la aprehensión en el lugar de los hechos de los delincuentes, los supuestos en que son sorprendidos en situación de flagrancia o cuasi flagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos o instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, los que se hallasen en el transcurso de diligencias de entrada y registro, cumplidas las formalidades procesales, el valor es el de verdaderas pruebas, sometidas, como las restantes, a la libre valoración de las mismas, cuya **competencia** corresponde a los tribunales de instancia, por resultarles atribuida a ellos, según LECr art.741 ( TS 17-5-88 ).

2. El atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene **datos objetivos y verificables**, ya que hay partes del mismo, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías, que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes ( TCo 173/1997 ). Cuando al dato de la objetividad se añade su **irrepetibilidad**, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de ser introducida en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción de las partes ( TCo 303/1993 ; 33/2000 ).

#### 6049 3. No se le puede atribuir por sí solo otro valor que el de mera denuncia, cuando se trate de **opiniones o informes de los investigados o encausados**, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y hayan gozado de la asistencia de letrado, de declaraciones de testigos o de diligencias semejanteras ( TS 17-5-88, EDJ 4248 ).

La posibilidad de acudir al **testimonio de los funcionarios** autores de la investigación, como forma de introducir en el juicio la declaración de algún investigado o encausado en el atestado, aparece condicionada a que concurren dos requisitos esenciales. El primero y fundamental, que los **datos** sobre que verse la deposición sean **de carácter objetivo**; y el segundo, que no exista otra forma de constatación de los mismos, porque la correspondiente **diligencia original** fuera **irrepetible**. Y, aun siendo así, en todo caso, el empleo de tales testigos de referencia solo estará autorizado en supuestos de imposibilidad real y efectiva de oír al testigo directo ( TS 21-11-02, Rec 1427/01 ). El Pleno del Tribunal Supremo, sobre el alcance de la LECr art.714 en relación con las declaraciones prestadas ante la policía, acordó que: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al **juicio oral** en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia» ( Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 28-11-06, EDJ 418187 ).

4. Cuando los atestados contienen determinadas **pericias técnicas** realizadas por los agentes policiales (por ejemplo, el test de alcoholemia) y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias preconstituidas, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado. Por lo mismo, las pericias técnicas que se adjuntan al atestado (ejemplo: certificado del médico forense) no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso ( TCo 173/1997 , 111/1999 y 188/2002 ).

5. En cuanto al carácter de **prueba documental** del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental. Incluso en aquellos supuestos en que los agentes policiales hubiesen intervenido en el juicio oral, sus manifestaciones solo tendrán la consideración de **prueba testifical** ( TCo 173/1997 y 33/2000 ).

### 3. Incoación de oficio

---

6052 Puede iniciarse de oficio la instrucción del proceso, pues la *notitia criminis* puede llegar a través de un **conocimiento mediato del juez instructor** (denuncia, querrela, atestado policial, etc.), siendo este el vehículo más frecuente, o inmediato (por notoriedad, por presencia directa de los hechos, voz pública) según se deduce de la LECr art.303 , que dispone que la formación del sumario, puede comenzar de oficio, o a instancia de parte.

Una **forma expresa de incoación de oficio** prevista por la Ley es la que permite al magistrado presidente, durante la celebración del juicio oral, que acuerde que se detenga en el acto a cualquiera que delinquiera durante la sesión, poniéndole a disposición del juzgado competente ( LECr art.684 ).

### 4. Auto de incoación del sumario

---

6054 Se trata de una resolución judicial que implica una **tipificación indiciaria de los hechos y provisional** sobre el carácter aparentemente delictivo de los mismos que motivan el comienzo de la instrucción, sin entrar a valorar autorías y sin perjuicio de lo que pueda resultar del desarrollo de la instrucción o en el juicio plenario posterior. Como tal no aparece regulado en la LECr aunque puede inferirse de su articulado ( LECr art.303 y 308 ).

Contra el auto de incoación del sumario se prevé **recurso de reforma y subsidiario de apelación** ( LECr art.766 ) cuando se haya iniciado la instrucción de un proceso de acuerdo a las normas del **proceso penal abreviado** y resulte de la investigación que los hechos deben ser enjuiciados por las normas del **ordinario común**, así se dicta auto de incoación de sumario y se continúa conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales y el **cambio de procedimiento no implicará el de instructor** ( LECr art.760 ).

### 5. Formación y piezas del sumario

---

6056 La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponde a los **jueces de instrucción** por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella haya más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los jueces municipales ( LECr art.303 ).

Los jueces de instrucción forman los sumarios de los delitos públicos bajo la **inspección directa del fiscal** del tribunal competente ( LECr art.303 ) y se organizan para facilitar su manejo y utilización, en **tomos o legajos**, que en el proceso penal se llaman **piezas** y son las siguientes:

- Las **generales**: - Pieza principal (diligencias de averiguación y comprobación). - Pieza de situación personal (medidas cautelares personales, LECr art.519 , 544 y 763 ). - Pieza de responsabilidad civil (medidas cautelares civiles, LECr art.590 y 764.1 ). - Pieza de responsabilidad civil subsidiaria (responsabilidad civil de terceros, LECr art.619 ).
- Las **específicas**: - Pieza de pensión provisional a favor de la víctima (hechos relativos a la circulación de vehículos de motor ( LECr art.765 ). - Pieza de enjuiciamiento separado por cada uno de los investigados o encausados por delitos conexos en el proceso penal abreviado ( LECr art.762.6º ). - Pieza de recurso (para la tramitación de los devolutivos presentados ante el juez de instrucción y admitido a un solo efecto LECr art.225 ). - Pieza separada que contendrá las resoluciones de los jueces de menores durante la tramitación de la instrucción encomendada al Ministerio Fiscal ( LO 5/2000 art.23.3, 24 y 28 ).

## C. Desarrollo de la instrucción

6058

1.	Diligencias para la comprobación del delito y para la determinación del delincuente	6065
2.	Diligencias de averiguación y comprobación restrictivas de derechos fundamentales	6175
3.	Valoración de las diligencias sumariales	6220
4.	Cooperación judicial internacional en Europa	6230
5.	Medidas cautelares	6240
6.	Procesamiento	6360

6060 Con estos actos se inicia la fase de desarrollo de la instrucción sumarial. **No** se trata de **medios de prueba**, aun cuando su regulación es mucho más prolija y detallada que los propios actos de prueba que se realizan en la fase de juicio oral durante el acto de la vista ( FGE Circ 4/2013 ).

La **duración** de la instrucción se fija en 6 meses que se eleva a 18 cuando la instrucción sea declarada compleja. Además, en ambos tipos de causas (ordinarias y complejas) es posible fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción, cuya duración no se especifica ( LECr art.324 ; FGE Circ 5/2015 ).

Su **finalidad** es la preparación del juicio oral encaminados hacia la prueba plena de la vista y en el proceso ordinario por delitos graves, además, conseguir el auto de procesamiento para proceder a la apertura del juicio oral. En caso contrario, se produce el sobreseimiento de la causa si del resultado de estas diligencias se concluye en la existencia de alguno de los supuestos en que este puede darse.

En cuanto a su **contenido** se pueden clasificar de la siguiente manera:

1. Diligencias para la comprobación del delito y para la determinación del delincuente no restrictivas de derechos fundamentales (nº 6065 ).
2. Diligencias para la comprobación del delito y para la determinación del delincuente restrictivas de derechos fundamentales (nº 6175 ):
  - a) Entrada y registro en lugar cerrado (nº 6176 ).
  - b) Registro de libros y papeles (nº 6190 ).
  - c) Observación, detención, apertura y examen de la correspondencia privada. Intervención y observación telefónicas (nº 6192 ).
  - d) La detección de alcohol, sustancias estupefacientes y similares (nº 6200 ).
  - e) La videovigilancia (nº 6216 ).
3. Valoración de diligencias sumariales (nº 6220 ).
4. Cooperación judicial internacional en Europa (nº 6230 ).
5. Medidas cautelares (nº 6240 ).

#### 1. Diligencias para la comprobación del delito y para la determinación del delincuente

---

6065	a.	Inspección ocular	6066
	b.	Cuerpo del delito	6070
	c.	Declaraciones de los procesados	6095
	d.	Declaraciones de los testigos	6105
	e.	Careo	6130
	f.	Informe pericial	6132
	g.	De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales	6148
	h.	Circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, sustancias prohibidas y otros objetos	6170

##### a. Inspección ocular

(LECr art.326 a 333 )

6066 La inspección ocular es llamada también **reconocimiento judicial** o inspección personal del juez. La diligencia que tiene por **objeto** la directa y personal observación por el juez, de todo aquello que puede tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.

Se prevé para el delito que se persiga que haya dejado vestigios o **pruebas materiales** de su perpetración, de manera que el juez instructor o el que haga sus veces ordena que se recojan y conserven para el juicio oral si es posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la **descripción** de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho ( OM JUS/1291/2010 , por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses).

La inspección ocular puede ser **practicada** tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral ( LECr art.727 ), cuando así se considere necesario. Contemplada expresamente la posibilidad de su práctica tanto antes como durante las sesiones del juicio oral en el último precepto citado, la **decisión sobre su admisión** ha de depender de la pertinencia y, muy especialmente, de la necesidad de la prueba, en función de las características del caso concreto. Es una

**prueba de carácter excepcional** pues al tener que practicarse fuera de la sala donde se celebra el juicio, lleva consigo una ruptura de la concentración y publicidad de las sesiones y unos trastornos por la necesaria constitución de todos los que intervienen en el juicio oral en un lugar diferente, de modo que «solo debe practicarse cuando las partes no dispongan de ninguna otra prueba para llevar al juicio los datos que se pretendan». Es evidente que las incomodidades superables no pueden justificar que se prescinda de una prueba necesaria. La cuestión, pues, es determinar si en la propuesta concurre ese carácter ( TS 27-9-07, Rec 248/07 ; 27-4-05, 529/05 ; 6-2-03, Rec 3021/01 ).

Es evidente que la **policía judicial** tiene por imperativo constitucional ( Const art.126 ), la **averiguación del delito** y el **descubrimiento del delincuente**, esto es, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría, y para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración como expresamente se recoge en la LECr art.282 que expresamente faculta a la policía judicial para «recoger los efectos» los que deben ser puestos a disposición de la autoridad judicial. Se trata en todo caso de **actos de investigación** policial.

6068

#### Precisiones

1) Se reconoce con carácter general el **valor de prueba preconstituida** a la inspección ocular a través de la lectura de la LECr art.730 , que se refiere a las diligencias que no puedan reproducidas en la fase de juicio oral, pero no debe existir confusión entre los conceptos de diligencias policiales de investigación tendentes a obtener indicios del delito cometido y a custodiar aquellos objetos que puedan ser fuentes de prueba, como la búsqueda de huellas digitales, fin específico que exige ser llevado a cabo por técnicos especializados y la propia inspección ocular llevada a cabo por el juez de Instrucción durante la instrucción sumarial ( TS 26-1-00, EDJ 298 ).

2) Junto con esta labor de investigación, también es cierto que determinadas actuaciones policiales puedan tener el valor de prueba por tratarse de la **constatación de datos objetivos** y ser **irrepetibles**, convirtiéndose en prueba preconstituida legalmente introducida en el plenario a través de su lectura como prueba documental, siendo este un supuesto excepcional ( TCo 25-10-93 ).

3) Para que la diligencia pueda tener valor de probatorio con la condiciones ya mencionadas, se añade un requisito que no es otro que la **necesidad de contradicción** si ya existiese «procesado», para la efectividad de este derecho, que expresamente se reconoce a quien se halle privado de libertad, se establece la obligatoriedad de poner en conocimiento del «procesado» el **acuerdo relativo a la práctica de la diligencia** ( LECr art.333 ), sustituyendo la referencia al procesado por la que hoy debe hacerse al investigado o encausado, como lo manifiesta la jurisprudencia ( TS 8-6-00 ).

#### b. Cuerpo del delito

(LECr art.334 a 367 )

6070 El juez instructor ordena recoger en los primeros momentos las **armas, instrumentos o efectos** de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que este se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida. El letrado de la Administración de Justicia extiende **diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión** en que se encuentren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo. La diligencia se firma por la persona en cuyo poder sean hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos.

#### 6072 Diligencias directas sobre el cuerpo del delito de carácter general

La Ley enumera las siguientes:

#### 6073 Reconocimiento y descripción

(LECr art.335.I)

Siendo **habida la persona o cosa objeto del delito**, el juez instructor describe detalladamente su estado y circunstancias y, especialmente, todas las que tengan relación con el hecho punible. Esta actividad está íntimamente ligada con las **actuaciones de la policía judicial** y no se trata de un acto personalísimo del juez instructor ni del letrado de la Administración de Justicia, pues como pone de manifiesto la jurisprudencia, no se quebranta derecho alguno ni se provoca indefensión por el hecho de remitirse el cuerpo del delito como puede ser la droga, directamente al **organismo oficial competente** para su análisis y custodia, porque ello no implica que los efectos no estén a disposición judicial ( TS 3-5-96, Rec 1164/95 ; 2-7-98, Rec 953/97-P ; 25-5-99, Rec 1147/98 ).

#### 6075 Recogida, descripción, retención, conservación

Se trata de actuaciones instructoras de **carácter instrumental**, ligadas a otras de carácter restrictivas de derechos fundamentales del investigado o encausado, y que suelen ser previas a esta, como el reconocimiento judicial, la entrada y registro en lugar cerrado, la detección y apertura de correspondencia, las inspecciones o intervenciones corporales, siendo estas el precedente para el descubrimiento y obtención del cuerpo del delito. Por lo que, al estar íntimamente ligado con la LOPJ art.11.1 , será imprescindible el respeto de los requisitos de esta, es decir respeto a los derechos fundamentales del investigado o encausado para determinar la eficacia de esta diligencia.

Las prevenciones exigidas, para realizar esta diligencia, consisten en la **ocupación de los efectos** de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y que se encontrasen en el lugar en que este se cometió, en sus inmediaciones o en poder del reo, extendiendo **diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión** en que se encontraron, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, diligencia que se firma por la persona en cuyo poder sean hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos, obviamente si se ha dictado previamente, pudiendo acordarse el **reconocimiento pericial** de los referidos efectos si es conveniente ( TS 18-5-01, EDJ 9197 ).

#### Precisiones

Debe tenerse en cuenta la L 18/2006 , para la eficacia en la Unión Europea de las **resoluciones de embargo** y de **aseguramiento** de pruebas en procedimientos penales.

#### 6077 Diligencias complementarias sobre el cuerpo del delito

Entre ellas se encuentran las siguientes actuaciones:

a) **Reconocimiento e informe pericial** del cuerpo del delito complementarias ( LECr art.336 y 339 ). Junto con las diligencias anteriores el juez puede ordenar el reconocimiento por peritos, siempre que esté indicado para apreciar mejor la relación con el delito, de los lugares, armas, instrumentos y efectos, haciéndose constar por diligencia el reconocimiento y el informe pericial.

A esta diligencia pueden asistir también el investigado o encausado y su defensor siempre que sea conocido y esté localizado el primero.

b) **Declaración testifical complementaria** ( LECr art.337 ). Cuando en el acto de describir la persona o cosa objeto del delito, y los lugares, armas, instrumentos o efectos relacionados con el mismo, estén presentes o sean conocidas personas que puedan declarar acerca del modo y forma con que aquel haya sido cometido, y de las causas de las alteraciones que se observen en dichos lugares, armas, instrumentos o efectos, o acerca de su estado anterior, se examinan inmediatamente después de la descripción y sus declaraciones se consideran como complemento de esta.

#### 6080 Destrucción de los efectos del delito

Respecto a la destrucción de los efectos del delito, puede realizarse, dejando muestras suficientes, cuando resultara necesaria o conveniente por la propia **naturaleza de los efectos intervenidos** o por el **peligro real o potencial** que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si es conocido, o a la persona en cuyo poder sean hallados los efectos cuya destrucción se pretende.

Si el cuerpo del delito que ha de ser destruido son **drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas**, la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes, asegurada la conservación de las muestras mínimas e imprescindibles que, conforme a criterios científicos, resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, y previa comunicación al juez instructor, procede a su inmediata destrucción si, trascurrido el plazo de un mes desde que se efectuó aquella, la autoridad judicial no ha ordenado mediante resolución motivada la conservación íntegra de dichas sustancias. En todo caso, lo conservado se custodia siempre a disposición del órgano judicial competente.

La droga que debe ser realmente conservada no es el total de las muestras inicialmente remitidas para análisis, sino tan solo la **cantidad de droga** que garantice, tras la práctica del análisis inicial, un **análisis contradictorio** y un **análisis dirimente** (en este sentido, la Recomendación del Consejo Europeo de 30-3-2004, sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas a efectos de análisis, así como la Instr núm 5/2012 , sobre la intervención del fiscal en la destrucción de sustancias incautadas en procedimientos judiciales por delitos de tráfico de drogas).

#### Precisiones

Las consecuencias del **incumplimiento** de las prescripciones contenidas en la LECr sin embargo no tiene unas consecuencias prácticas muy gravosas, pues no priva de validez a los análisis anteriores a la destrucción, ni determina la nulidad de lo actuado ( TS 20-1-10, EDJ 633 ; 3-3-01, EDJ 3218 ; 3-7-02, EDJ 28377 ; 18-2-05, EDJ 68308 ).

#### 6082 **Realización anticipada de los efectos judiciales**

(LECr art.367 quater y quinquies)

Se establece una regulación común y aplicable, tanto al cuerpo del delito, como a los efectos del mismo y a los bienes objeto de las medidas cautelares. Se pueden realizar los efectos judiciales de **lícito comercio**, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento. La realización se lleva a efecto **previo acuerdo por el juez**, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, y **previa audiencia del interesado**.

Procede en los siguientes supuestos:

- a) Cuando sean perecederos.
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

Los **modos** para efectuar la realización son:

- a) La entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas.
- b) La realización por medio de persona o entidad especializada.
- c) La subasta pública.

En los dos últimos supuestos se efectuará conforme a las normas que sobre esta materia se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, previamente a acordarla se recabará el **informe** del Ministerio Fiscal y de los interesados.

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los **gastos** que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de **consignaciones** del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

Si se trata de un **bien embargado** por orden de una autoridad judicial extranjera, el producto, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido, se ingresa igualmente en la cuenta de consignaciones del juzgado y queda a su disposición, circunstancia que le es comunicada sin dilación (ver Instr 6/2007 , 18-12-07 , sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia). Además en estos casos, en aplicación de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la **autorización** de la autoridad judicial extranjera. ( LECr art.367 quater.3 y 367 quinquies.3 ).

#### 6085 **Diligencias directas sobre el cuerpo del delito de carácter particular**

Se contemplan los siguientes supuestos:

#### 6086 **Muerte violenta o sospechosa**

Debe distinguirse entre:

- a) **Identificación del cadáver y levantamiento** ( LECr art.340 a 342 y 354 ). Pueden contemplarse varias situaciones:
  - **Identificación inmediata:** antes de proceder al enterramiento del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, se procede a su identificación por medio de testigos.
  - **Exposición pública:** en caso de que no haya, si el estado del cadáver lo permite, se expone al público antes de practicarse la autopsia, por el tiempo al menos de 24 horas, expresando en un cartel, que se fija a la puerta del depósito de cadáveres, el sitio, hora y día en que aquel se haya encontrado y el juez que esté



instruyendo el sumario, a fin de que quien tenga algún dato que pueda contribuir al reconocimiento del cadáver o al esclarecimiento del delito y de sus circunstancias, lo comunique al juez instructor.

- **Cadáver sin identificar:** Ordena el juez que se recojan todos los efectos personales con que se le haya encontrado, a fin de que puedan servir oportunamente para hacer la identificación.

En el procedimiento penal abreviado el juez puede autorizar al médico forense que asista en su lugar al levantamiento del cadáver, adjuntándose en este caso a las actuaciones un informe que incorpora una descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias, especialmente todas aquellas que tengan relación con el hecho punible ( LECr art.778 ).

b) **Autopsia** ( LECr art.343 y 353 ). En general procede la autopsia cuando aun cuando por la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte, se procede a la autopsia del cadáver por los **médicos forenses**, o en su caso por los que el juez designe, los cuales, después de describir exactamente dicha operación, informan sobre el origen del fallecimiento y sus circunstancias. Si el **juez de instrucción no puede asistir** a la operación anatómica, delega en un funcionario de policía judicial, dando fe de su asistencia, así como de lo que en aquella ocurriera, el letrado de la Administración de Justicia de la causa.

La diligencia de autopsia tiene una **regulación específica**. Se regula el lugar donde se debe proceder a su práctica y establece la presencia del letrado de la Administración de Justicia para dar fe de lo que ocurra en la misma ( LECr art.353 ). De otro lado, la **ausencia del letrado de la Administración de Justicia** es una irregularidad procesal que puede influir en la naturaleza de la diligencia, que por ello no alcanza el carácter de prueba preconstituida, pero no impide su valoración cuando los peritos han concurrido al juicio oral donde han expuesto sus conclusiones y han sido sometidos al interrogatorio cruzado de las partes. Por lo tanto, nada impide la **valoración del dictamen de los médicos forenses** en relación con la diligencia de autopsia ( TS 8-9-03, EDJ 97988 ).

En el **procedimiento penal abreviado** el juez puede acordar que no se practique la autopsia cuando por el médico forense o quien haga sus veces se dictamine cumplidamente la causa y las circunstancias relevantes de la muerte sin necesidad de aquella ( LECr art.778 ).

#### 6088 Envenenamiento, heridas u otras lesiones

(LECr art.350 , 351 y 355 )

En caso de **discordancia** entre el tratamiento recibido por los facultativos ordinarios pueden el médico forense o, en su defecto, el designado o designados por el juez instructor dar parte al juez instructor a los efectos que en justicia procedan. Lo mismo puede hacer en su caso el facultativo designado por el procesado. Para lo cual el juez instructor, designa mayor número de profesores para que manifiesten su parecer y, consignados todos los datos necesarios, se tienen presentes para cuando en su día haya de fallarse la causa.

Respecto a la **vigilancia de las lesiones** se establece la obligación genérica para los médicos que asistan al herido de que están obligados a dar parte de su estado y adelantos en los períodos que se les señalen, e inmediatamente que ocurra cualquier novedad que merezca ser puesta en conocimiento del juez instructor.

En el **procedimiento penal abreviado** en los casos de lesiones no es preciso esperar a la sanidad del lesionado cuando sea procedente el archivo o el sobreseimiento. En cualquier otro supuesto puede proseguirse la tramitación sin haberse alcanzado tal sanidad, si es posible formular escrito de acusación ( LECr art.778.2 ).

#### 6090 Delitos de robo, hurto, estafa

(LECr art.364)

Debe hacerse constar la **preexistencia de las cosas robadas, hurtadas o estafadas**. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no impone límite alguno a las medidas con las que se puede acreditar la posesión de las cosas por las víctimas del hecho. La acreditación de la preexistencia ha de interpretarse conforme a las **reglas de la lógica y de la realidad social** y limitar la información a los supuestos de duda ( TS 3-2-93, EDJ 925 ).

En el **procedimiento penal abreviado** no es necesaria conforme a la norma contenida en la LECr art.785.2 .

#### c. Declaraciones de los investigados o encausados

(LECr art.385 a 408 )

6095 La ley hace referencia a las declaraciones de los procesados, pero ha de entenderse a los investigados o encausados, pues **no** es necesario que se proceda al **auto de procesamiento** para que se produzca esta declaración.

Se trata de una **diligencia de naturaleza compleja** al servir esta declaración como medio de investigación y medio de defensa del investigado o encausado. Compatible con la Constitución en el derecho fundamental reconocido a no declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable ( Const art.24.2 ), lo que no implica un derecho a mentir, ya que el **derecho** se centra en **guardar silencio** ( TS 18-3-10, EDJ 31659 ). Por ello, aunque las **declaraciones falsas** del

investigado o encausado sean impunes, el guardar silencio o faltar a la verdad podrán ser valorados en la sentencia junto con los otros medios de prueba, sin perjuicio de la facultad del instructor de poder requerir al investigado o encausado para que explique sus contradicciones o sus retractaciones y de razón de la causa y motivos de las mismas ( LECr art.405 ; TS 5-6-92, EDJ 58226 ; 9-10-04, EDJ 152675 ; 17-11-00, EDJ 37125 ; TCo 2/2002 ).

Como **medio de defensa** es imprescindible esta declaración para que el investigado o encausado conozca los hechos que se le imputan y para que se le permita manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos, evacuándose con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que proponga, si el juez las estima conducentes para la comprobación de sus manifestaciones ( LECr art.396.1 ).

Como **medio de investigación**, el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del querellante particular, hace que los procesados presten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos, sin que ni el acusador privado ni el actor civil puedan estar presentes al interrogatorio, cuando así lo disponga el juez instructor ( LECr art.385 ).

#### 6097 Objeto de la declaración

En la **primera declaración** es preguntado el procesado por su nombre, apellidos paterno y materno, apodo, si lo tiene, edad, naturaleza, vecindad, estado, profesión, arte, oficio o modo de vivir, si tiene hijos, si fue procesado anteriormente, por qué delito, ante qué juez o tribunal, qué pena se le impuso, si la cumplió, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo por que se le ha procesado.

#### 6098 Desarrollo del acto

La LECr art.387 derog por LO 13/2015 no exigía **juramento** a los procesados aunque se les exhortaba a decir verdad a las preguntas realizadas por el juez de instrucción.

Las **preguntas** que se le hagan en todas las declaraciones que haya de prestar se dirigen a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado y de las demás personas que hayan contribuido a ejecutarlos o encubrirlos. Las preguntas son **directas**, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo. Tampoco se puede emplear con el procesado género alguno de **coacción o amenaza** ( LECr art.389 ).

Las **respuestas** que den son orales. Sin embargo, el juez de instrucción, teniendo siempre en cuenta las circunstancias de aquellos y la naturaleza de la causa, puede permitirles que redacten a su presencia una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, o que también consulten a su presencia apuntes o notas ( LECr art.390 ).

Si se trata de **persona jurídica** se toma declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su abogado. La declaración va dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad investigada y de las demás personas que hayan también podido intervenir en su realización. Se le aplica las mismas normas que si se trata de persona física. Se especifica que la **incomparecencia** de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determina que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar ( LECr art.409 bis ).

La **confesión** como libre decisión del investigado o encausado de declarar sobre los hechos que se le imputan con el reconocimiento implícito de los hechos no dispensa al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito ( LECr art.406 ), pudiendo ser la base de una conformidad posterior.

Salvo en el **procedimiento penal abreviado** que puede suponer un enjuiciamiento rápido de los hechos, transformando las diligencias previas en diligencias urgentes, cuando los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta 3 años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años ( LECr art.779.1.5 ).

6100 En cuanto a su **valoración** el tribunal decide, con objetividad e imparcialidad, en conciencia ( Const art.117.3 ; LECr art.741 ) y dentro del proceso penal, las **declaraciones sumariales** tanto de procesados, como de testigos y peritos, pueden ser tenidas en cuenta (no solo en supuestos de prueba preconstituida o anticipada) sino cuando se atraen o incorporan al proceso de la forma establecida por la ley y la jurisprudencia.

#### Precisiones

Las **declaraciones válidamente prestadas ante la policía** pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia» y si las declaraciones policiales pueden ser atraídas al juicio, con más razón las judiciales o sumariales, siempre, lógicamente, que permitan a la defensa del acusado **someterlas a contradicción** ( Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 28-11-06, EDJ 418187 ), todo lo cual supone que las declaraciones previas al juicio se hayan evacuado con todas las formalidades legales e igualmente se hayan introducido al plenario en la forma prevista por las leyes procesales y por la jurisprudencia, al objeto de ser constatadas y valoradas en su justa medida ( TS 18-3-10, EDJ 31659 ).

#### d. Declaraciones de los testigos

(LECr art.410 a 415 , 416 , 417 a 432 , 433 , 434 a 447 , 448 , 449 y 450 )

**6105** Todos los que residan en **territorio español**, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tienen obligación de concurrir al **llamamiento judicial** para declarar cuanto sepan sobre lo que les sea preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.

#### **6106** Obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar

Sobre la mencionada obligación deben hacerse una serie de apreciaciones relativas a determinadas exenciones:

#### **6107** Exención del deber de concurrir y de declarar

Están exentos: el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino. También están exentos del deber de declarar los agentes diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados.

#### **6109** Exención del deber de concurrir

Las personas exentas del deber de concurrir:

a) Pueden **declarar por escrito**. Las demás personas de la Familia Real. También pueden informar por escrito sobre los hechos de que tengan **conocimiento por razón de su cargo**: el Presidente y los demás miembros del Gobierno, los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, el Fiscal General del Estado, los presidentes de las Comunidades Autónomas y quienes hayan desempeñado estos cargos.

b) Pueden **declarar en su domicilio**. Por **hechos no conocidos en virtud de sus cargos** el Presidente y los demás miembros del Gobierno, los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, el Fiscal General del Estado, los presidentes de las comunidades autónomas.

c) Pueden **declarar en su despacho oficial** o en la **sede del órgano del que sean miembros**.

Los diputados y senadores, los magistrados del Tribunal Constitucional y los vocales del Consejo General del Poder Judicial, los fiscales de Sala del Tribunal Supremo, el Defensor del Pueblo, las autoridades judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiera la declaración, los presidentes de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, el Presidente y los consejeros permanentes del Consejo de Estado, el Presidente y los consejeros del Tribunal de Cuentas, los miembros de los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas, los secretarios de Estado, los subsecretarios y asimilados, los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas y en Ceuta y Melilla, los gobernadores civiles y los delegados de Hacienda.

#### **6110** Exención del deber de declarar

Están exentos de este deber (pero pueden hacerlo):

a) Los **parientes del procesado** en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieran reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.

b) No están obligados, el **abogado del procesado** respecto a los hechos que este le haya confiado en su calidad de defensor.

c) Los **traductores e intérpretes** de las conversaciones y comunicaciones entre el investigado o encausado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación ( LECr art.416.3 ).

d) Los **eclesiásticos** y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les sean revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

e) Los **funcionarios públicos**, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no puedan declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estén obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no sean autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

f) Los **incapacitados** física o moralmente.

#### **6112** Sanciones por incumplimiento

El que sin estar impedido no concorra al **primer llamamiento judicial**, excepto las personas mencionadas en la LECr art.412 , o **se resista a declarar** lo que supiese acerca de los hechos sobre que sea preguntado, a no estar

comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurre en la multa de 200 a 5.000 euros, y si **persiste en su resistencia** es conducido en el primer caso a la presencia del juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el CP art.463.1 , y en el segundo caso es también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

La **multa** se impone en el acto de notarse o cometerse la falta.

#### 6114 Práctica de la declaración testifical

El testigo declara bajo **juramento** de acuerdo con su religión. La L 24-11-10 permitió sustituir el juramento que ha de prestarse en nombre de Dios ( LECr art.434 ) por la promesa por su honor más conforme con la realidad social y con el principio de libertad religiosa consagrado en la Const art.16 .

Debe tenerse presente que la **falta de veracidad** en las manifestaciones vertidas por el testigo en el seno de las diligencias de investigación no es legalmente constitutiva del delito de falso testimonio, pues el CP art.458 exige que se vierta en causa judicial ( FGE Circ 4/2013 ).

Declaran **separada y secretamente** a presencia del juez instructor y del letrado de la Administración de Justicia.

La **incomunicación** no es condición de validez de la prueba testifical y si solo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días. Ello supone que la quiebra de la incomunicación solo puede tener incidencia del testimonio que le venga a conceder el tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración ( TS 23-1-07, EDJ 2694 ).

#### 6116 Desarrollo del acto de deposición testifical

En primer lugar, se procede a la **identificación** del testigo. El testigo manifiesta primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso. Si el **testigo es miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad** en el ejercicio de sus funciones, es suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito.

El **testimonio** ha de ser **libre y espontáneo**. El juez deja al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exige las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirige las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos. No se hacen al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se emplea coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido.

Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto de la víctima del delito, tengan la condición de **víctimas del delito**, pueden hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el juez de instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma. ( LECr art.433 ).

#### 6118 Supuestos especiales

Entre ellos deben reseñarse:

#### 6120 Menores y personas con capacidad judicialmente modificada

Los **niños** entre los 2/3 y 6/7 años presentan claras limitaciones como testigos, siendo necesario restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6/7 y 10/11 años tienen más desarrollados sus aspectos cognitivos. Los **adolescentes** hasta los 16 años tienen una capacidad verbal y un desarrollo cognitivo que hace que su testimonio no presente diferencias sustanciales con el del adulto ( Circ FGE 3/2009, de 10-11-09 ).

En lo que respecta al **procedimiento**, la declaración del menor durante la fase de instrucción tiene lugar necesariamente ante juez de instrucción, letrado de la Administración de Justicia y Ministerio Fiscal.

Toda **declaración** de un menor y de las personas con capacidad judicialmente modificada puede realizarse **ante expertos** y siempre **en presencia del Ministerio Fiscal**.

Quienes ejerzan la **patria potestad, tutela o guarda** del menor pueden estar presentes, salvo que sean investigados o encausados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez puede acordar la **grabación** de la declaración.

El menor no presta juramento y en principio no se les somete a careos salvo que el juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial. ( LECr art.433 , 455 , 706 y 713 ).

Se evita la **confrontación visual con el inculpado** utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, como la videoconferencia ( LECr art.325 , 448 , 707 y 731 bis ).

**6121** La Ley 4/2015 que regula el estatuto de la víctima dispone que cuando los menores y las personas con discapacidad necesitada de especial protección sean **también víctimas** deben adoptarse las **medidas** que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito ( L 4/2015 art.26 ). En particular:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación deben ser objeto de **grabación por medios audiovisuales** y de reproducción en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la LECr .

b) La declaración puede recibirse por medio de **expertos**.

El fiscal debe recabar del juez o tribunal la designación de un **defensor judicial de la víctima**, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes **casos**:

a) Cuando valore que los **representantes legales** de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses exista con uno de los **progenitores** y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la **patria potestad o cargos tutelares**.

Cuando existan **dudas** sobre la **edad de la víctima** y no pueda ser determinada con certeza, se presume que se trata de una persona menor de edad. Con esta finalidad, puede acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el juez tiene que disponer lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

## **6122 Testigos protegidos**

(LO 19/1994)

Son **presupuestos** a considerar el peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos. Se lleva a cabo mediante **resolución judicial motivada**, salvo que se adopte tras la apertura de juicio oral en cuyo caso basta con su inclusión en el acta del juicio oral ( TS 16-5-00, EDJ 7370 ; 18-12-01, EDJ 56100 ; Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional6-10-00, EDJ 40306 ).

Como **medidas a adoptar** hay que estimar:

**a)** Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave.

**b)** Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

**c)** Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

**d)** Se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial.

**e)** En casos excepcionales pueden facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de traba.

Las **medidas** adoptadas se pueden **mantener, modificar o suprimir** en la fase de juicio oral por el órgano de enjuiciamiento y pueden ser objeto de **recurso** de reforma o súplica.

## **6124 Víctimas del terrorismo**

(L 29/2011 art.49)

Se procura por todos los medios previstos en las leyes que estas personas en sus actuaciones procesales **no** tengan **relación directa visual o sonora** con los investigados o encausados o acusados por la comisión de acciones terroristas.

## 6126 Anticipación de prueba y prueba preconstituida

La posibilidad de que la **actividad probatoria** no se desarrolle en el acto del juicio oral por diversos motivos hace que surjan dos instituciones procesales, la anticipación de prueba que sería la regla general y la prueba preconstituida o anticipación de prueba impropia que sería la excepción dentro de estos supuestos extraordinarios

La **regla general** es la anticipación de prueba en los supuestos de peligro de muerte de un testigo o su ausencia de nuestro país durante tiempo indefinido, basada fundamentalmente en la imposibilidad física de acudir al juicio oral. Al mismo tiempo, el juez instructor hace saber al testigo la obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el tribunal competente cuando se le cite para ello. Solamente en los casos en que el testigo manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional y también en el caso de que hubiese motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el instructor hace saber al investigado o encausado que nombre abogado o se le nombra de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir declaración al testigo. En todo caso, la asistencia es potestativa y la veracidad y exactitud de la declaración está garantizada por la presencia del juez y del letrado de la Administración de Justicia ( LECr art.448 ; TS 17-11-00, EDJ 37125 ).

La **excepción** es la prueba preconstituida en el caso de agresiones sexuales contra menores, basada en la imposibilidad de su práctica fundamentada en la preservación de la incolumidad psíquica del menor, evitando los graves riesgos que para su estabilidad supone la exploración en la fase de plenario, unos años después, evitando la doble victimización ( TS 10-3-09, EDJ 15122 ; TJCE 16-6-05 -C-105/2003-, «Caso Pupino» . La Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15-3-01 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal). Para ello, también pueden leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las declaraciones recibidas durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección ( LECr art.730 ).

### e. Careo

(LECr art.451 a 455 )

6130 Se produce solo cuando los **testigos** o los **procesados** entre sí o aquellos con estos **discuerden** acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interese en el sumario. Se puede practicar, tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral. Su **denegación** en el plenario no es motivo casacional al constituirse como medio auxiliar de prueba, de carácter excepcional y subsidiario ( TS 24-1-02, EDJ 1567 ; 13-11-02, EDJ 55411 ; 6-2-03, EDJ 3237 ; 6-6-06, EDJ 98763 ; 7-6-07, EDJ 70195 ).

### f. Informe pericial

(LECr art.456 a 485 )

6132 El juez acuerda el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, sean necesarios o convenientes **conocimientos científicos o artísticos**. Se puede practicar como diligencia en la fase de instrucción o como medio de prueba en la fase de juicio oral.

### 6134 Naturaleza personal no documental

Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de **informes sobre cuestiones técnicas**, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas, quedan sujetas a la **valoración conjunta** de todo el material probatorio ( LECr art.741 ).

Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan ( LECr art.724 ).

#### Precisiones

Es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el **recurso de casación** ( TS 19-12-02, EDJ 59893 ).

### 6136 Perito doble o único

Para el **proceso ordinario** por delitos graves se exigen dos peritos, mientras que para el **abreviado**, incluida la variante de enjuiciamiento rápido basta con el informe de uno solo.

1) La jurisprudencia ha precisado que la **duplicidad de informantes** no es esencial y que tal requisito se considera cumplido cuando el informe ha sido elaborado por un equipo de un centro oficial ( Acuerdo TSI Pleno no Jurisdiccional 23-2-01, EDJ 94421 ).

2) En definitiva, la **validez de la prueba**, su virtualidad para desplazar la presunción de inocencia, mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto a los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal» ( TS 16-4-11, EDJ 78990 ).

#### 6138 Práctica

Se realiza a **petición judicial**, no policial ( TS 5-2-09, EDJ 13374 ) o **propuestos por las partes**, al menos si las diligencias van a tener carácter de prueba anticipada ( LECr art.461 , 463 , 471 , 472 y 473 ).

En la **fase de instrucción** existen dos momentos diferenciados:

- el **reconocimiento pericial** y las actuaciones científicas o técnicas necesarias para poder elaborar las conclusiones; y

- la **exposición del informe** con las preguntas hechas por el juez y las partes y su inclusión junto con las respuestas elaboradas por el perito para la redacción final del informe ( LECr art.478 a 483 ).

En la **fase de juicio oral** su práctica realmente se reduce a la ratificación del informe por los peritos en el acto de la vista, con la ampliación del mismo si procede, sin que nada impida la realización como tal medio de prueba, debiendo suspenderse la vista para su práctica ( LECr art.657 y 725 ).

#### 6140 Peritos titulados y no titulados

(LECr art.457 y 458 )

Los peritos pueden ser o no titulados. El juez se vale de peritos titulados con **preferencia** a los que no tuviesen título, debiendo acreditarse en la causa la elección de los segundos. Dichos peritos pueden o no tener **titulación oficial**, pero si no la tienen, basta con que, a juicio del juez, tengan especiales conocimientos sobre la materia sobre la que han de prestar su dictamen ( TS 21-2-05, EDJ 71518 ; 22-5-09, EDJ 92400 ).

#### 6142 Prueba de inteligencia policial

La llamada «prueba pericial de inteligencia policial», cuya utilización se produce en los supuestos de **delincuencia organizada** es cada vez más frecuente, y está reconocida en nuestro sistema procesal penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto la LECr art.456 , como la LEC art.335 , cuya finalidad no es otra que la de suministrar al juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos de la LECr art.741 . Deberá ser valorada por el tribunal de instancia ( LECr art.741 y 632 ; Const art.117.3 ).

#### 6144 Se caracteriza por las siguientes notas:

1º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos **procesos complejos**, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales.

2º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el **proceso penal** cuando se precisan esos conocimientos.

3º) En todo caso, la **valoración** de tales informes es **libre**, de modo que el tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales.

4º) **No** se trata tampoco de **pura prueba documental**: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder.

5º) Aunque cuando se trate de una **prueba** que participa de la **naturaleza de pericial y testifical**, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias. Participan de la naturaleza de la **prueba de indicios**, en la medida que aportan datos de conocimiento para el tribunal sobre determinadas personas y actividades. Y esos datos si son

coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho, siempre que este fluya del contenido de todos esos elementos valorados por el órgano sentenciador ( TS 5-12-12, EDJ 298612 ; TS auto 25-10-11, Rec 658/12 ; 22-5-09, EDJ 92400 ).

#### g. Identidad del delincuente y de sus circunstancias personales

(LECr art.368 a 384 bis )

6148 Cuantos dirijan cargo a determinada persona deben **reconocerla judicialmente**, si el juez instructor, los acusadores o el mismo inculpado conceptúan fundadamente precisa la diligencia para la identificación de este último, con relación a los designantes, a fin de que no ofrezca duda quién es la persona a que aquellos se refieren.

#### 6150 Determinación de la identidad del investigado o encausado

Puede llevarse a cabo de diferentes formas:

#### 6152 Reconocimiento en rueda

(LECr art.369 a 372 )

Son **requisitos** necesarios para su práctica:

1º) **Necesidad**. El reconocimiento en rueda es una diligencia esencial pero no inexcusable. Supone un medio de identificación no exclusivo ni excluyente ( TS 16-11-05, EDJ 213940 ).

2º) Respecto a la **presencia judicial, documentación del acto** por el letrado de la Administración de Justicia y **presencia del letrado** de la defensa. No puede constituirse dicho reconocimiento en prueba anticipada o preconstituida, si no se celebrase ante el juez de instrucción bajo la fe del letrado de la Administración de Justicia, además de la concurrencia de las garantías previstas ( TS 29-9-00, Rec 1147/99-P ). Sin embargo, hay que puntualizar que la prueba sobre el reconocimiento no la constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el **testimonio del identificador en el plenario** ante el tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento en rueda, aún cuando se practique a presencia del juez de instrucción, del letrado de la Administración de Justicia y del letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación ( TS 28-11-03, EDJ 209448 ).

En cuanto a su **práctica**, esta se lleva a efecto haciendo comparecer al que haya de ser reconocido en unión con otras personas de características semejantes. El que deba practicar el reconocimiento manifestará, desde un lugar que no pueda ser visto por el sometido al reconocimiento, si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente. En la diligencia que se extienda se harán constar todas las **circunstancias del acto**, así como los nombres de todos los que hubiesen formado la rueda o grupo. Si son **varios a reconocer la diligencia** se puede realizar en un solo acto, sin embargo si son varios los que hubieran de reconocer a una persona se practicará por separado. Antes del reconocimiento se deberán tomar las precauciones necesarias con el fin de que el detenido no se realice en su persona o vestimenta modificación alguna que impida el reconocimiento.

El fiscal, en el curso de las diligencias de investigación, puede acordar la práctica de una rueda de reconocimiento en el ámbito de la **jurisdicción de menores** ( RD 1774/2004 art.2.4 y 2.10 ). A fin de averiguar la identidad del sospechoso, el fiscal también puede acordar la práctica de reconocimientos fotográficos, o la práctica de informes periciales de antropometría o lofoscopia ( FGE Circ 4/2013 ).

#### 6154 Reconocimiento espontáneo sin las formalidades de la rueda

La jurisprudencia de la Sala Segunda ha aceptado la validez de procedimientos de identificación que, por razón de las singulares circunstancias en que se producen, no pueden acomodarse a las exigencias del LECr art.369 , desplegando pese a ello **plena eficacia probatoria**. Así, una **identificación casual** llevada a cabo en las dependencias policiales, con un reconocimiento espontáneo efectuado por testigos o perjudicados, fuera de las diligencias policiales o judiciales propiamente dichas, sin las garantías antes señaladas propias del reconocimiento en rueda, puedan tener virtualidad como prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia, siempre que su autor comparezca ante el tribunal encargado del enjuiciamiento y pueda ser interrogado por las partes en el acto del juicio oral, con el objeto de permitirles poner de relieve aquellos aspectos del reconocimiento que afecten a su fiabilidad, valorando finalmente el tribunal, que ha contado con la intermediación, la declaración como prueba testifical ( TS 18-10-07, EDJ 213185 ; 12-3-02, EDJ 7956 ).

#### 6156 Reconocimiento fotográfico



Si se originase alguna **duda sobre la identidad del procesado**, se procurará acreditar esta por cuantos medios fueran conducentes al objeto. También la jurisprudencia ha reconocido la procedencia de la previa exhibición fotográfica como medio de investigación preliminar y necesario, siempre que se cumpla un núcleo de **garantías esenciales**, como la ausencia de inducción policial o que se trate de una pluralidad de documentos gráficos, y ello en modo alguno puede prejuzgar la validez y eficacia de reconocimientos posteriores.

Si los reconocimientos por medio de fotografías llevados a cabo mediante exhibición a los testigos por parte de la policía de diversos álbumes, constituyen un **medio de investigación** que puede ser instrumento válido para la iniciación de las pesquisas, sin embargo carecen de valor como medio de prueba con aptitud para destruir la presunción de inocencia, si sus resultados no son llevados a juicio oral, sin que contamine los reconocimientos posteriores ( TS 28-11-03, Rec 1853/02 ).

#### 6158 Base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN

Integra los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tanto para la **investigación y averiguación de delitos**, como para los procedimientos de **identificación de restos cadavéricos** o de averiguación de **personas desaparecidas**.

Se inscriben en la base de datos los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o investigado o encausado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la **delincuencia organizada**. También se inscriben los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas. La **inscripción** en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisa el consentimiento del afectado ( LO 10/2007 ).

#### 6160 Determinación de circunstancias personales

Es necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias:

#### 6162 Edad

(LECr art.375 y 380 )

A **falta de inscripción de nacimiento** en el Registro Civil, la edad de las personas y su identidad debe medirse y concretarse por los datos que consten en la partida de bautismo y solo a falta de ambos puede emplearse para su determinación los informes médico-forenses, previo reconocimiento físico de los interesados, es decir, esta última prueba parece tener un carácter simplemente subsidiario y en defecto de cualquiera de las otras documentales sin minimizar el valor que las inscripciones registrales, tanto civiles como canónicas, deben tener a la hora de dar fe de la situación personal de cada ciudadano (nacimiento, matrimonio, etc.), el propio CC art.327 , no obstante afirmar la importancia casi plena de las **actas del Registro**, viene a reconocer en su último párrafo que solo producen una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, pues no otra cosa significa que su veracidad podrá ser suplida por otras pruebas «cuando ante los tribunales se suscite contienda» ( TS 29-5-93, EDJ 5116 ).

#### 6164 Salud mental

(LECr art.381 a 383 )

Si el juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la **observación de los médicos forenses** en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuera más a propósito o estuviese en libertad.

Respecto a la **demencia sobrevenida**, resulta inaplicable la LECr art.383 , que autoriza a que el juez de instrucción aplique sin juicio previo las medidas de seguridad que el Código Penal prevé para los **inimputables o incapaces de culpabilidad**, ya que entraña una respuesta no acorde con las previsiones del Código Penal vigente, al suponer, en la práctica, una imposición de **medida de seguridad** ajena al pronunciamiento contenido en la correspondiente sentencia y por ende contraria a lo dispuesto en el articulado de su cuerpo legal, cuando en el CP art.3.1 , consagrando el alcance del principio de legalidad en esta materia, establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. Privarle de esta posibilidad vulnera claramente su **derecho a un juicio justo** en el sentido del Convenio Europeo de Derechos Humanos art.6 , que establece claramente que todos tienen derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial ( TS 23-7-04, EDJ 159798 ; 14-6-06, EDJ 98746 ; 24-11-10, EDJ 279605 ).

## 6166 Otras circunstancias

Para la determinación de las circunstancias personales del delincuente deben tenerse en cuenta, además de las expuestas (nº 6148 s. ), las siguientes:

- antecedentes penales ( LECr art.379 ); e
- informes sobre conductas ( LECr art.377 y 378 ).

## h. Circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, sustancias prohibidas y otros objetos

(LECr art.263 bis)

**6170** Su **objeto** está constituido por la autorización para dejar circular drogas o estupefacientes, o bien las sustancias por las que se hayan sustituido aquellas con el fin de identificar a sus destinatarios o personas involucradas en este tráfico.

El **ámbito** de esta técnica de investigación se circunscribe a un catálogo cerrado de delitos entre lo que se encuentran las drogas.

La **autoridad competente** para la adopción de este medio de investigación es el juez, el Ministerio Fiscal o los jefes de las unidades orgánicas de la policía provincial, debiéndose destacar que la Ley no impone una reserva en favor del sistema judicial -juez o fiscal- en orden a la autorización, sin perjuicio de la comunicación a estos de la medida.

Debe adoptarse en **resolución fundada**, lo que deberá verificarse individualizadamente caso a caso ( LECr art.263 bis.1º ).

La **finalidad**, no expresamente fijada en la Ley, es la general de toda investigación criminal: obtener medios de prueba contra las personas involucradas.

Finalmente, es un **medio de investigación** que queda, **sujeto al principio de legalidad**, fuera de lo cual no cabe actividad policial ni eficacia alguna. Precisamente, la eficacia policial es y debe ser intramuros del marco acotado por la Ley, y en tal sentido, la prevención de la LECr art.263 bis pfo.4º es tan obvia como necesaria, tratándose de una concreción del deber genérico de sometimiento a la Ley por parte de la policía judicial que ya constaba desde la vigencia de nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el LECr art.297 ( TS 26-2-04, EDJ 12798 ; 27-11-08, EDJ 234578 ; Convención de Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 20-12-88 ).

## 2. Diligencias de averiguación y comprobación restrictivas de derechos fundamentales

### 6172

a.	Entrada y registro en lugar cerrado	6176
b.	Registro de libros y papeles	6190
c.	Observación, apertura y examen de la correspondencia privada. Intervención y observación telefónicas	6192
d.	Otras diligencias de investigación	6200

**6175** Los requisitos generales exigidos para estas diligencias desde la doctrina constitucional son:

1. **Fin** constitucionalmente legítimo.
2. **Principio de legalidad**: necesidad de previsión legal detallada y concreta.
3. **Jurisdiccionalidad**: adopción mediante resolución judicial pudiendo delegar su ejecución en la policía judicial por motivos de urgencia y necesidad.
4. **Motivación de la resolución judicial** cuando se limita un derecho fundamental.
5. **Principio de proporcionalidad**: supeditado a que la medida pueda alcanzar el fin para el que se adopta, a que no exista otra medida para alcanzar ese fin de carácter más moderado, a que se obtengan más ventajas que perjuicios se infieran sobre otros bienes ( TCo 145/2014 ; 206/2007 ; 207/1996 ).

### a. Entrada y registro en lugar cerrado

(LECr art.545 a 572 )

**6176** La **protección constitucional del domicilio** ( Const art.18.2 ) se concreta en **dos reglas** distintas. La **primera** se refiere a la protección de su «inviolabilidad» en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de

otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La **segunda**, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial ( TS 1-2-11, EDJ 6685 ).

La **finalidad** de esta diligencia es muy variada pues de un lado consiste en la entrada y por otro lado el registro. La **entrada** puede tener por objeto la detención de un sujeto, o bien la ejecución de un mandamiento de prisión. El **registro** tiene normalmente lugar cuando existe causa pendiente con el fin de ampliar las diligencias de comprobación del delito.

Por ello, nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su **consentimiento**, excepto en la forma y en los casos expresamente previstos en las leyes. El juez o tribunal que conociera de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los **edificios y lugares públicos**, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiera indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

#### 6178 Lugares susceptibles de entrada y registro

Se diferencia el domicilio de los edificios o lugares públicos.

**Domicilio:** Noción amplia, LECr art.554 ( TCo 22/1984 ), y LECr art.557 declarado inconstitucional y derogado por TCo 10/2002 ( TCo 189/2004 ; 283/2000 ; TS 16-4-04, EDJ 31432 ). Se **excluyen** los vehículos automóviles, con excepción de los casos en que por ser remolques o roulottes sean habitados ( TCo 259/2005 ), los almacenes, naves industriales fábricas, oficinas y locales comerciales ( TS 18-2-05, EDJ 68308 ), los garajes y trasteros sin comunicación directa con el domicilio ( TS 16-7-15, EDJ 136072 ; 29-5-07, EDJ 40228 ), los reservados o habitaciones en los clubs de alterne dedicados a la práctica de actos sexuales de las meretrices con sus clientes ( TS 16-3-04 ).

**Edificios o lugares públicos:** LECr art.547 ( TCo 457/2007 ; TS 26-6-00, EDJ 16057 ; 25-5-00, EDJ 11682 ).

Son los que están destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar. Los que están destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, sean o no lícitos. Cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyan domicilio de un particular y los buques del Estado.

**Casos especiales**, LECr art.548 , 549 , 559 , 561 y 562 ( TS 10-4-02, EDJ 13399 ). La referencia a los buques mercantes extranjeros ha sido suprimida por la L 14/2014 , de navegación marítima.

#### 6180 Presupuestos de la entrada y registro

Son requisitos necesarios:

a) **Consentimiento del titular.** Debe ser prestado por el titular del derecho a la intimidad que resulte afectado o por quien tiene una relación de convivencia íntima con aquel siempre que no existan intereses contrapuestos o conflicto entre ellos, por ello se excluye el consentimiento prestado por un morador habitual de un piso para registrar la casa de un amigo suyo que solo se encontraba de paso. ( Const art.18.2 ; LECr art.545 , 550 , 551 y 566 ; TCo 209/2007 ; 22/2003 ; TS 12-11-07, EDJ 243072 ). Consentimientos en **supuestos especiales** ( LECr art.555 , 556 , 559 y 560 ).

b) **Resolución judicial** ( LECr art.550 , 558 y 186 ; TCo 49/1999 ; 139/1999 ; TS 23-2-11, EDJ 10638 ; 3-4-09, EDJ 56268 ).

c) **Flagrancia** ( LECr art.553 -concepto de flagrancia-; LECr art.795.1.1º ; TS 9-6-00, Rec 4/98 ).

#### 6182 Requisitos para la entrada y registro domiciliario

(LECr art.550 , 552 , 570 y 571 )

Puede hacerse de **día** o de **noche**, si la urgencia lo hace necesario, o expira el día sin haberse terminado, el que lo haga requiere al interesado o a su representante, si está presente, para que permita la continuación durante la noche.

Es un **acto único**, pues el registro no se suspende sino por el tiempo en que no sea posible continuarle, y se adoptan, durante la suspensión, las medidas de vigilancia.

Ha de hacerse **en presencia del titular**, o en su defecto los que señala la ley, y deben evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptan todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesan a la instrucción ( TCo 50/1995 ).

#### 6184 Presupuestos y requisitos para la entrada y registros de edificios o lugares públicos

No son los mismos que en el domicilio. Son más relajados como el tema del **consentimiento**, sin que sea necesario en todos los supuestos. Tampoco existe resolución judicial en todos los supuestos, dependiendo que exista o no causa pendiente, sin embargo la flagrancia y los requisitos son los mismos (nº 6180 s. ).

#### 6186 Procedimiento

(LECr art.550 , 553 , 563 , 566 , 567 y 569 )

En virtud de **auto motivado**, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las 24 horas de haberse dictado, teniendo en cuenta los supuestos especiales de la LECr art.566 ( TS 2-1-01, EDJ 388 ).

Se practicará en presencia del juez instructor, el letrado de la Administración de Justicia ( TS 13-12-05, EDJ 237391 ; 17-7-06, EDJ 109813 ), quien levantará **acta** del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes, el interesado, sin que sea necesario que sea el titular registral de la vivienda o el que conste en el contrato de arrendamiento ( TS 11-2-00, EDJ 626 ) y determinados testigos, en su caso.

Podrán acudir también los **funcionarios de policía judicial** bien como asistencia material al juez, bien como autoridad, en los supuestos de flagrancia de la LECr art.553 , en este último supuesto no asistirán ni el juez, ni el letrado de la Administración de Justicia, ni el interesado ni los testigos.

#### 6188 Efectos

Si se cumplen todos los requisitos constitucionales y los de legalidad ordinaria podrá tener **valor de prueba**, si se incorpora al proceso vía LECr art.730 .

Si se trata de una **diligencia policial** podrá tener valor probatorio si los policías acuden a la vista y se ratifican.

#### b. Registro de libros y papeles

(LECr art.572 a 578 )

6190 Existe un **deber general de exhibición** de libros y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa, bajo sanción correspondiente de multa y si el objeto o papel fueran de importancia y la índole del delito lo aconsejara, será procesado como **autor** del de desobediencia a la autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de **encubridor** o **receptor** ( LECr art.575 ). Por ello se prevé la diligencia de registro de libros y papeles a la que son aplicables las normas de la **diligencia de entrada y registro domiciliario** ( TS 15-11-02 ) y el juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuera necesario para el resultado del sumario. Los **libros y papeles** que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el letrado de la Administración de Justicia, bajo su responsabilidad ( TS 15-11-02, EDJ 51384 ; 13-12-05, EDJ 237391 ; 29-5-07, EDJ 40228 ).

#### c. Observación, detención, apertura y examen de la correspondencia privada. Intervención y observación telefónicas

(LECr art.579 y 579 bis y 580 a 588 ; FGE Circ 1/2013)

6192 Las intervenciones telefónicas carecen de cauce procedimental, pues la LECr se limita prácticamente a prever la posibilidad de que se acuerde esta medida, pero sin establecer **ninguna previsión sobre su ejecución**, pese a la importancia de este tipo de actuaciones y su alto nivel de complejidad técnica.

Las intervenciones telefónicas tienen una **doble naturaleza** en el proceso penal:

- pueden servir de fuente de investigación de delitos, orientando la encuesta policial; y
- pueden utilizarse como medio de prueba ( TS 24-3-99, EDJ 3269 ).

#### 6194 Requisitos básicos

El juez puede acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, en los siguientes **supuestos** ( LECr 579 ):

- si existen **indicios** de obtener por estos medios, el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa;
- en caso de **delitos dolosos** castigados con pena con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión;
- si se investigan delitos cometidos en el seno de un **grupo u organización criminal**; o
- cuando se trate de delitos de **terrorismo**.

Los requisitos básicos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han de concurrir para la **legitimidad** y **validez de las intervenciones telefónicas** son los siguientes:

1. La exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.
2. La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo.
3. La excepcionalidad de la medida, que solo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.
4. La proporcionalidad de la medida, que implica que solo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves.
5. La limitación temporal de la utilización de la medida.
6. La especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos.
7. La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas.
8. La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que la intervención de las telecomunicaciones sea la que ponga en marcha el procedimiento.
9. La motivación suficiente de la resolución judicial acordando la intervención telefónica.
10. La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

6196 La **resolución de autorización** de esta medida ha de estar motivada, y se puede otorgar por un **plazo** de hasta 3 meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de 18 meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.

En caso de **urgencia**, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se debe comunicar inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, debe revocar o confirmar tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

**No se requiere autorización judicial** en los siguientes casos:

- a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al **transporte y tráfico de mercancías** o en cuyo exterior se haga constar su contenido.
- b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de **comunicación abierta**, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.
- c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la **normativa aduanera** o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.

Las exigencias de **motivación de las resoluciones judiciales** que autorizan la intervención telefónica o su prórroga forman parte del contenido esencial de la Const art.18.3 ( TCo 25/2011 ; 70/2010 ; 167/2002 ; 184/2003 ; 197/2009 ). La motivación por remisión no es «una técnica jurisdiccional no modélica» pues «la **autorización habilitante** de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones debería ser autosuficiente, sin necesidad de complemento argumental ajeno al razonamiento judicial» ( TS 13-7-12, EDJ 192050 ; LO 2/2002 , complementaria de la L 11/2002 , con objeto de posibilitar y asegurar la jurisdiccionalidad de la intervención de las comunicaciones realizadas a instancias del CN).

Sobre el análisis del valor de las **transcripciones** y de los **efectos de su omisión o de su incorrecta elaboración** ( TS 4-4-06, EDJ 59582 ; 29-9-10, EDJ 265182 ; 27-9-11, EDJ 222467 ; L 25/2007, de conservación de datos de comunicaciones electrónicas ).

Ha de constatar la existencia de una línea jurisprudencial que reclama, siempre y en todo caso, la **aportación de soportes originales** ( TS 11-5-06, EDJ 71182 ; 9-12-10, EDJ 269662 ; 10-11-10, EDJ 246610 , entre otras). Con las excepciones que se pueden contemplar derivadas del sistema SITEL ( TS 13-3-09, EDJ 56285 ; 5-11-09, EDJ 250808 ).

Es necesaria autorización judicial para el **acceso a los mensajes** acumulados en el **teléfono móvil** de un detenido, teniendo en cuenta que conforme a la doctrina constitucional los datos externos de las comunicaciones quedan protegidos con independencia de que estos datos se traten de averiguar una vez finalizado el proceso comunicativo ( TCo 230/2007 ).

#### 6198 **Ámbito de la Unión Europea**

En el ámbito de la Unión Europea deben tenerse especialmente presentes las Dir 2006/24/CE , sobre conservación de datos de tráfico y la Dir 2002/58/CE , sobre comunicaciones electrónicas, modificada por la Dir 2009/136/CE y el Convenio Bruselas 29-5-2000 art.17 a 22, dedicados a cómo debe practicarse esta diligencia mediante la asistencia judicial internacional:

- **Autoridad competente** para ordenar la intervención, la autoridad judicial o, cuando las autoridades judiciales no posean competencias.
- En cuanto al **contenido de las solicitudes** de intervención de telecomunicaciones en el marco de la investigación penal, una autoridad competente del Estado miembro requirente podrá cursar, de conformidad con lo dispuesto en su Derecho interno, a una autoridad competente del Estado miembro requerido una solicitud de intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado miembro requirente, o bien y una solicitud de intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación al Estado miembro requirente.

#### d. Otras diligencias de investigación

#### 6200 **Investigaciones sobre el cuerpo del sospechoso**

En especial, se trata de la detección de alcohol, sustancias estupefacientes y similares.

El régimen jurídico de las **intervenciones corporales** ha sido objeto de tratamiento por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. No es fácil, someter a un régimen unitario la multiplicidad de cuestiones que son abarcables en su ámbito. La distinta significación y naturaleza del **acto de injerencia**, determina la necesidad de importantes matices en cada caso, sobre todo, si tenemos en cuenta que no siempre quedan comprometidos los mismos derechos fundamentales. Y es que dentro del amplio abanico de intervenciones corporales susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, pueden sucederse **actos de muy distinto carácter**: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico, son solo algunas de las posibilidades que puede ofrecer la práctica y a las que es preciso dar **respuesta individualizada**.

#### 6202 **Regulación escasa**

La materia que nos ocupa está regulada en los siguientes preceptos:

- Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de **huellas** o **vestigios** cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el juez de instrucción adoptará u ordenará a la policía judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad.
- Los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los **análisis químicos** únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad ( LECr art.363 ). Sin embargo «La policía judicial puede recoger **restos genéticos** o muestras **biológicas abandonadas** por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial» ( Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 31-1-06, EDJ 3718 ).
- RDLeg 6/2015 , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y el RD 1428/2003 , por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la anterior Ley sobre **tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial**, aprobado por el RDLeg 339/1990 .
- Para los **juicios rápidos** ( LECr art.796.1.7ª ), la práctica de los **controles de alcoholemia** se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. No obstante, cuando se practicara un análisis de sangre u otro análogo, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.
- El juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el **médico forense** u otro **perito** se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose

en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale ( LECr art.778.3 ).

## 6206 Clases de medidas que afectan al cuerpo humano

(TCo 207/1996)

Resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas **inspecciones y registros corporales**, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del investigado o encausado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropométricos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal ( Const art.18.1 ) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la TCo 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como **intervenciones corporales**, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del investigado o encausado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física ( Const art.15 ), en tanto implican una **lesión o menoscabo del cuerpo**, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al **grado de sacrificio** que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: **leves**, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y **graves**, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

## 6208 Requisitos

(Const art.15; TCo 7/1994; 207/1996; 206/2007)

Han de cumplirse los siguientes requisitos:

a) Sin **riesgo** o quebranto para la salud.

b) Efectuada por **personal sanitario** cualificado.

c) Respeto a la **dignidad de la persona** sin que pueda suponer un trato inhumano o degradante.

d) Estricta observancia del **juicio de proporcionalidad** que a su vez se desdobra en tres requisitos:

- **idoneidad de la medida** para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad);

- que la misma resulte **necesaria o imprescindible** para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y

- que se deriven de su aplicación **más beneficios o ventajas** para el interés general **que perjuicios** sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

6210 a) **Sometimiento voluntario a las diligencias de intervención corporal**. La obligación de someterse a las pruebas de **detección de alcohol u otras sustancias** estupefacientes, a pesar de las dudas que pudiera suscitar el tenor literal del CP art.380 , tiene como objetivo, pues, el de comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas para garantizar la **seguridad del tráfico**. Dicho sometimiento no solo no supone una autoincriminación en relación con un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que constituye hoy en el nuevo Código Penal el mandato típico de un **delito específico de desobediencia**, respecto del cual, a su vez, frente a lo que sugiere el fiscal, carece de sentido plantear la **negativa al sometimiento a las pruebas** no como delito *per se*, sino como acto de autoincriminación ( TCo 161/1997 y 43/2007 ). La obligación de someterse nace, en el supuesto de **conducción de vehículos**, de la función de supervisión de la Administración para que las actividades peligrosas lícitas se desarrollen en el marco del riesgo permitido por el ordenamiento como contrapartida de la propia permisión del riesgo circulatorio.

6212 b) **Cacheos**. Respecto de los cacheos, el Tribunal Supremo señala que la diligencia de cacheo no vulnera ningún derecho fundamental siempre que la actuación policial cuente con amparo legal que, en este caso, es la LO 4/2015

art.17.2 , que autoriza su **realización por la policía judicial** en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos. Será necesario, además, que esté **racionalmente justificado**, y se mantenga en los límites de la proporcionalidad ( TS 30-1-04, EDJ 12799 ). El derecho a la integridad física no está afectado tampoco por la **mínima intervención corporal** que el cacheo supone y el derecho a la intimidad hay que preservarlo extremando cuidadosamente el respeto a la persona haciéndolo en **lugar reservado**, evitando siempre posturas o situaciones degradantes o humillantes ( TS 23-12-97, EDJ 6116 ; 6-10-99, EDJ 28310 y 31-3-98, EDJ 1851 ).

6214 c) En cuanto a las **pruebas radiológicas** acordadas durante la fase de investigación, el Tribunal Supremo manifiesta que el examen radiológico a que son sometidos algunos **pasajeros** al llegar a los **aeropuertos españoles** -en prevención de un **posible transporte de droga** en el interior de su organismo- no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente esta previamente se haya practicado ( TS 22-12-05, EDJ 51393 ). Por otra parte, desde la perspectiva propia de la actividad probatoria tampoco la **asistencia letrada** es condicionante de la licitud del examen radiológico voluntario, por lo mismo que este examen carece por sí solo de valor alguno, más allá de la pura utilidad que representa para el posterior encauzamiento de la investigación policial. Será actividad probatoria en su caso el **testimonio posterior de los agentes** sobre lo que vieron o la inspección y análisis de lo que en el interior del cuerpo portara el sujeto, después de su expulsión, pero el momento del examen radiológico no se sitúa en la esfera de la prueba anticipada sino en el de la pura investigación policial. Y la Sala Segunda, en la Junta General del día 5-2-1999 aprobó considerar que «cuando una persona -normalmente un **viajero** que llega a un aeropuerto **procedente del extranjero**- se **somete voluntariamente a una exploración radiológica** con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos» ( TS 22-12-99, EDJ 40458 ; 17-4-00, EDJ 10124 ; 10-6-00, EDJ 14620 ; 5-6-00, EDJ 14601 ).

### 6216 Videovigilancia

La videovigilancia permite la **captación**, y en su caso la **grabación**, de información personal en **forma de imágenes**. Cuando su uso afecta a personas identificadas o identificables esta información constituye un dato de carácter personal a efectos de la aplicación de la LO 15/1999 , de protección de los datos de carácter personal (LOPD).

En nuestro ordenamiento está regulada en la LO 4/1997 , por la que se regula el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, y el reglamento que la desarrolla para su ejecución, el RD 596/1999 , que disponen que la captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos, como **actividad policial**, así como las **actividades preparatorias**, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en la LO 1/1982 art.2.2 ( TS 10-12-10, EDJ 213620 ).

### 3. Valoración de las diligencias sumariales

6220	Diligencias sumariales reproducidas en el juicio oral	6222
	Diligencias sumariales (no policiales) de imposible reproducción en el juicio oral	6224
	Informes periciales procedentes de organismos oficiales practicados durante la instrucción	6226

### 6222 Diligencias sumariales reproducidas en el juicio oral (LECr art.714)

La diligencia sumarial puede constituir la base probatoria sobre la que el órgano judicial forme su convicción cuando sea reproducida en el acto del juicio oral, en condiciones de **inmediación, oralidad y publicidad**, permitiendo la **contradicción**.

Y en **caso de disconformidad** se admite que el órgano de enjuiciamiento pueda valorar como prueba las declaraciones sumariales y policiales - LECr art.714 , referido a la declaración testifical, pero aplicable también, conforme a la jurisprudencia, a la declaración de los acusados y peritos- ( TCo 56/2010 ; 17/2010 ).

### 6224 Diligencias sumariales (no policiales) de imposible reproducción en el juicio oral (LECr art.730)

El Tribunal Constitucional condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de **presupuestos y requisitos** que hemos clasificado como:

- a) **Materiales** -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-.
- b) **Subjetivos** -la necesaria intervención del juez de instrucción-.
- c) **Objetivos** -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del investigado o encausado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-.



d) **Formales** -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por la LECr art.730 o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral ( TCo 303/1993 ; 153/1997 ; 12/2002 ; 195/2002 ; 187/2003 ; 1/2006 y 345/2006 ).

#### 6226 Informes periciales procedentes de organismos oficiales practicados durante la instrucción

Pueden ser valorados como auténticas pruebas, aunque ninguna de las partes las hayan propuesto expresamente para su reproducción o ratificación en el juicio oral, siempre que las partes prestaran su **consentimiento expreso o tácito** ( TCo 127/1990 y 24/1991 ).

Hay que destacar, por último, en el ámbito del **procedimiento abreviado**, que tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por los laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas ( LECr art.788.2 ).

#### 4. Cooperación judicial internacional en Europa

---

6230	a. En el seno del Consejo de Europa	6232
	b. En la Unión Europea	6236

##### a. En el seno del Consejo de Europa

#### 6232 1. En materia de asistencia. La legislación aplicable es:

- Convenio Estrasburgo 20-4-1959, de asistencia judicial en materia pena.
- Primer Protocolo adicional 17-3-1978, al Convenio Estrasburgo 20-4-1959.
- Convenio Estrasburgo 30-11-1964, relativo a la vigilancia de personas condenas o liberadas bajo condición.
- Convenio Londres 7-6-1968, en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero.
- Protocolo adicional de 15-3-1978, Convenio La Haya 28-5-1970, sobre el valor internacional de las sentencias penales.
- Convenio Estrasburgo 15-5-1972, sobre la transmisión de los procedimientos en material penal.
- Convenio Estrasburgo 21-3-1983, sobre traslado de personas condenadas.

#### 6234 2. En materia de extradición. Es de aplicación la siguiente normativa:

- Convenio París 13-12-1957, de extradición.
- Primer Protocolo adicional 15-10-1975, al Convenio París 13-12-1957.
- Segundo Protocolo adicional 17-3-1978, al Convenio París 13-12-1957.

3. En **materia de terrorismo** se aplica el Convenio Estrasburgo 27-1-1977, para represión del terrorismo.

4. En **materia económica** es de aplicación el Convenio Estrasburgo 8-11-1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen.

#### Precisiones

La **página web** dónde puede consultarse los convenios internacionales en el seno del Consejo de Europa es <http://conventions.coe.int>.

##### b. En la Unión Europea

#### 6236 La legislación aplicable es la siguiente:

**a)** Convenio Bruselas 29-5-2000, de asistencia judicial en materia penal. Completa el Convenio Estrasburgo 20-4-1959.

**b)** Acuerdo de Aplicación Schengen. Amplía el Convenio Bruselas 20-4-1959, de asistencia judicial en materia penal, facilitando su aplicación, principalmente optando por la vía de transmisión directa de comisiones rogatorias entre autoridades judiciales, en detrimento de la vía diplomática, a la que se daba prioridad en el Convenio. Exige la traducción de la CRI, salvo con Portugal.

**c)** La Decisión Marco 2002/584, de 13-6-2002, del Consejo, relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega de los Estados Miembros y la Ley de transposición española de 14-3-2003 (BOE 17-3-03).

6240	a.	Características	6242
	b.	Clasificación	6244
	c.	Medidas cautelares personales	6246
	d.	Medidas cautelares reales	6345

### a. Características

6242 Las notas definitorias de las medidas cautelares son:

- a) **Instrumentalidad.** Las medidas cautelares son actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso, y por tanto, la eficaz aplicación del *ius puniendi*.
- b) **Jurisdiccionalidad.** Se decretan por el órgano jurisdiccional, de oficio o instancia de parte, mediante resolución motivada. Y aunque pueden ser acordadas en cualquier momento, ya sea en la fase de plenario, ya sea en la fase impugnatoria, pero lo normal es que se practiquen durante el sumario. Se sustancian en pieza separada.
- c) **Verosimilitud.** Verosimilitud del objeto del proceso, que conste la existencia de un hecho con apariencia delictiva y del que una persona aparezca como probable responsable y la actitud sospechosa del inculpado, que se pueda temer que su conducta obstaculice o impida el desarrollo del proceso.
- d) **Provisionalidad.** Si durante la tramitación del proceso varían las circunstancias por las que fueron adoptadas, pueden ser modificadas de oficio o a instancia de parte.
- e) **Proporcionalidad.** El órgano jurisdiccional debe ponderar la adecuación de la medida con el fin que pretende, con el fin de evitar que se conviertan en penas anticipadas lo que no se conjugaría con la presunción de inocencia.

### b. Clasificación

6244 Las medidas cautelares se clasifican conforme a la siguiente estructura:

a) Medidas cautelares **personales**:

- Citación cautelar (nº 6246 ).
- Detención (nº 6248 ).
- Prisión provisional (nº 6286 ).
- Libertad provisional (nº 6318 ).
- Distanciamiento entre el agresor y la víctima (nº 6326 ).
- Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (nº 6340 ).

b) Medidas cautelares **reales**:

- Fianza (nº 6346 ).
- Embargo (nº 6348 ).

### c. Medidas cautelares personales

6246 Citación cautelar

(LECr art.486 a 488 )

La persona a quien se impute un acto punible deberá ser **citada solo para ser oída**, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención. Si el citado **no compareciera** ni justificara causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención, tratándose esta última de una facultad discrecional del juzgador. Durante la instrucción de la causa, el juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad. Pero para tal citación de oficio en calidad de investigado o encausado, contra quien no aparece como tal en denuncia o querrela alguna, se exige que existan «algunas indicaciones fundadas de culpabilidad», lo que quiere decir que haya en las actuaciones algo de lo cual pudiera inferirse que hay un delito y asimismo alguien pudiera ser culpable del mismo ( TS 4-7-96, EDJ 6074 ).

En cuanto a las **consecuencias**, ningún método de interpretación permite deducir o inducir de la LECr art.486 , que es posible restringir el derecho fundamental garantizado por la Const art.19 , de **entrar y salir libremente de España**,

de personas respecto de las que no se dan los presupuestos para ordenar al menos su prisión y antes de contar con una mínima comprobación de la veracidad de la denuncia ( TS 15-10-99, EDJ 25736 ).

#### 6248 Detención

(LECr art.489 a 501 )

El estudio de la detención como medida cautelar se realiza desde las siguientes ópticas:

#### 6250 Presupuestos

(Instr 3/2009 , de 23-12)

Dentro de ellos, debe distinguirse entre:

a) Los presupuestos como **medida precautelar** ( LECr art.490.1º, 2º y 4º ):

- al que intentara cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo;
- al delincuente *in fraganti*;
- al que se fugara de la cárcel en que estuviera esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

b) Los presupuestos como **medida cautelar** ( LECr art.490.6º y 7º, 492.2º y 3º ):

- al que se fugara estando detenido o preso por causa pendiente;
- al procesado que estuviera en rebeldía;
- al que estuviera procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional;
- al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando fuera llamado por la autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el juez o tribunal competente.

c) Los presupuestos como **medida de ejecución** ( LECr art.490.3º, 4º y 7º ):

- al que se fugase del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena;
- al que se fugase de la cárcel en que estuviera esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme;
- al procesado o condenado que estuviese en rebeldía.

#### 6252 Aptitud para detener

Debe distinguirse entre quién puede y quién debe detener.

a) Quien **puede** detener ( LECr art.490 ): **Cualquier persona** puede detener:

- al que intentara cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo;
- al delincuente *in fraganti*;
- al que se fugara del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena;
- al que se fugara de la cárcel en que estuviera esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme;
- al que se fugase al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior;
- al que se fugase estando detenido o preso por causa pendiente;
- al procesado o condenado que estuviese en rebeldía.

b) Quien **debe** detener ( LECr art.492 ). La **autoridad o agente de policía judicial** tendrá obligación de detener:

- a cualquiera que se halle en alguno de los casos de la LECr art.490 (nº 6250 s. );
- al que estuviera procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional;
- al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando fuera llamado por la autoridad judicial. Se exceptúa de ello al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el juez o tribunal competente;

- al que estuviera en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes:

- Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.
- Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

Cuando la **detención** tiene lugar **mediante auto**, no basta constatar la existencia de indicios de criminalidad en la conducta del detenido, pues según lo dispuesto en la LECr art.494 , en relación con la LECr art.492 , se debe hacer constar el fin constitucional legitimador que, junto con aquel presupuesto, justifica la adopción de una **medida limitativa del derecho a la libertad personal**, como es la concurrencia de circunstancias que hagan presumir que el detenido no comparecerá cuando sea llamado por la autoridad judicial ( TCo 179/2011 ).

#### 6256 Duración de la detención

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales art.5.2 y 3 y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos art.9.3, exigen que el **detenido sea conducido** «sin dilación» o «sin demora» **ante la autoridad judicial** en los supuestos de detención.

Dos **plazos diferentes** aparecen en nuestra legislación: Const art.17.2 y LECr art.520 y LO 13/2015 regulan el de 72 horas, y LECr art.496 , el de 24 horas. La jurisprudencia ha dado diferentes explicaciones a esta dualidad, predominando, como no podría ser de otra manera la norma constitucional. Lo que sí es cierto es que la doctrina constitucional considera que existen dos plazos pero establecidos por la Const art.17.2 , en lo que se refiere a los **límites temporales** de la detención preventiva, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el **tiempo estrictamente necesario** para la realización de las **averiguaciones** tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, el **plazo máximo** absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas *computadas desde el inicio de la detención*, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales ( TCo 288/2000 ). Por ello, que desde el momento en que las averiguaciones tendentes al **esclarecimiento de los hechos** son finalizadas, y no constando la existencia de otras circunstancias, la detención policial queda privada de fundamento constitucional resultando vulnerado, en consecuencia, la Const art.17.2 si se prolonga, sin justificación, la detención en las dependencias policiales ( TCo 88/2011 ; 180/2011 ).

#### 6260 Proceso de «habeas corpus»

(Const art.17.4; LO 6/1984)

La pretensión del *habeas corpus* es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de **detenciones de la persona no justificados legalmente**, o que transcurran en condiciones ilegales. Por consiguiente, el *habeas corpus* se configura como una **comparecencia del detenido ante el juez**, comparecencia que permite al ciudadano, privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a Derecho de la detención y en caso de ser ilegal ordene su puesta en libertad.

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** del proceso de *habeas corpus*, ver nº 3705 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Penal.

#### 6262 1. Los principios del *habeas corpus* son:

- a) Principio de **celeridad**, se manifiesta en que la ley establece un plazo máximo desde que se incoa el plazo de resolución, es de 24 horas.
- b) Es un procedimiento **sencillo** que carece de formalismo, es una simple comparecencia ante el juez en la que no es necesaria la intervención de abogado ni de procurador.
- c) Principio de **generalidad**. Tiene doble sentido, puede interponerse frente a cualquier detención, sea realizada por un particular o por una autoridad o funcionario público y en segundo término porque la ley establece un sistema muy generoso de legitimación para instar el procedimiento de *habeas corpus*.
- d) Principio de **universalidad**, puede instarse este procedimiento ante cualquier detención que sea ilegal, bien porque lo sea desde el principio o porque transcurra en condiciones de ilegalidad.

6264 **2. Objeto.** Mediante el procedimiento del *habeas corpus*, se podrá obtener la inmediata **puesta a disposición de la autoridad judicial** competente, de cualquier persona detenida ilegalmente. Se consideran personas **ilegalmente detenidas**:

- a) Las que lo fueran por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.
- b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.
- c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al juez más próximo al lugar de la detención.
- d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

6266 **3. Competencia.** Es competente para conocer la solicitud de *habeas corpus* el juez de instrucción del **lugar en que se encuentre la persona privada de libertad**; si no constara el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Si la detención obedece a la aplicación de la ley orgánica que desarrolla los supuestos previstos en la Const art.55.2 , en los casos en que la detención obedezca a la suspensión individual de los derechos fundamentales de la Const art.17.2 y 18.2 y 3 para personas relacionadas con las investigaciones relativas a **bandas armadas o elementos terroristas**, el procedimiento deberá seguirse ante el juez central de instrucción correspondiente.

6268 **4. Partes intervinientes.** Dos tipos de partes, las principales que pueden actuar durante todo el proceso y accesorias, de intervención limitada, que no serían partes propiamente.

Las **partes principales** son el solicitante privado de libertad cuyo derecho fundamental se prevé salvaguardar, y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales, el Ministerio Fiscal y aquellos contra los que se dirige la solicitud, la autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público causante de la detención o privación de libertad.

Las **partes accesorias** serán el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, y el Defensor del Pueblo.

Asimismo, lo podrá iniciar, de oficio, el juez competente.

6270 **5. Procedimiento.** Se siguen las siguientes fases:

a) **Admisión** ( LO 6/1984 art.3 a 6 ). Aún cuando la ley orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus* permita realizar un **juicio de admisibilidad previo** sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los **supuestos** en los cuales se **incumplan los requisitos formales** (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere la LO 6/1984 art.4 . Por ello, si se da el presupuesto de la **privación de libertad** y se cumplen los **requisitos formales** para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*. Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito que, junto con los exigidos en la LO 6/1984 art.4 , es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento) **no** procede **acordar la inadmisión**, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en la LO 6/1984 art.1 , debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa **comparecencia** y **audiencia del solicitante** y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone la LO 6/1984 art.7 , pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*.

#### Precisiones

De ese modo no es posible fundamentar la **improcedencia de la inadmisión** de este procedimiento cuando esta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación ( TCo 169/2006 ; 303/2006 ; 15/2009 ; 88/2011 ).

6274 b) **Instrucción** ( LO 6/1984 art.7 ). En un plazo de 24 horas se llevarán a cabo los siguientes actos procesales:

En primer lugar, **auto de incoación**: el juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquella se encuentre.

Antes de dictar resolución, **oír al juez a la persona privada de libertad** o, en su caso, a su representante legal y abogado, si lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oír en justificación de su proceder a la **autoridad, agentes, funcionario público** o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o

practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el juez las declaraciones del privado de libertad.

El juez admitirá, si las estima pertinentes, las **pruebas** que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto.

6276 c) **Resolución** ( LO 6/1984 art.8 y 9 ). Si se dicta **auto desestimatorio** se acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando.

Si el **auto** es **estimatorio**, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

- la puesta en libertad del privado de esta, si lo fue ilegalmente;

- que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban;

- que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

d) **Recursos** ( LO 6/1984 art.6 y 8 ). No se contempla recurso ordinario ni extraordinario alguno. Procedería en su caso recurso de **amparo directo** ante el Tribunal Constitucional.

## 6280 Derechos del detenido

(Const art.17; LECr art.520 y 491 )

Al detenido le asisten los siguientes derechos:

1. A que la detención se practique en la **forma** que menos perjudique a en su persona, reputación y patrimonio.

2. A ser **informado** de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten.

La información de los hechos que se imputan al detenido es una exigencia que se constituye en **requisito inexcusable** de la validez y legalidad de la detención efectuada por la policía, sea esta realizada de *motu proprio* por los funcionarios policiales, o efectuada en cumplimiento de una orden judicial. De manera que el **incumplimiento** de esa obligación conlleva la nulidad de la diligencia de la detención, pero no conlleva necesariamente la nulidad de las diligencias judiciales practicadas en esa situación cuando el afectado tiene también la condición de investigado o encausado y se encuentra asistido por letrado defensor en la práctica de las mismas ( TS 18-4-07, EDJ 23359 ).

3. A guardar **silencio** no declarando si no quiere, a no contestar a alguna de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el juez.

4. A no **declarar** contra sí mismo y a no confesarse culpable.

6282 5. A la **designación y asistencia de letrado**, sin perjuicio de la adopción excepcional de detención incomunicada, y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquel, salvo que dicha comunicación sea imposible.

El **contenido** de este derecho consiste en la asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando esta se lleve a cabo por medio de **auxilio judicial** y el detenido o preso no hubiera designado letrado en el lugar donde se preste ( L 1/1996 art.6 ).

En este sentido, y sobre el **derecho a una entrevista reservada** previa del detenido y su letrado es necesario remitirnos a la Consulta 4/1985 , de 20-5 , sobre «asistencia letrada al detenido no comunicado: el nacimiento del derecho a la entrevista reservada», en donde se destaca que el **derecho de asistencia letrada** al detenido tiene un **doble contenido**: De un lado la asistencia al **interrogatorio del detenido**, recabando la lectura de la LECr art.520 que contiene la declaración de sus derechos, e intervención, en su caso, en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Aunque la ley no lo diga expresamente es obvio que el letrado asistente puede también velar y exigir que no sean violados los derechos y libertades de su asistido, salvo aquellos que estén afectados por la detención. De otro, con posterioridad a ser prestada la declaración, a que haya asistido o a la constancia de que el detenido o preso hace uso de su derecho de negarse a declarar, la asistencia letrada puede resolverse en una **entrevista personal** entre letrado y asistido en la que el primero podrá asesorar o informar al segundo lo que estime oportuno para su defensa.

6282.1 La **asistencia** del abogado **consiste** en:

a) Solicitar, en su caso, que se **informe** al detenido o preso de sus **derechos** y que se proceda, si fuera necesario, al **reconocimiento médico**.

b) Intervenir en las **diligencias** de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado puede solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada esta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de **consentimiento** a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del **ADN**, el juez de instrucción, a instancia de la policía judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

d) **Entrevista reservada** con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527. Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tienen carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118.4.

No obstante, el detenido o preso **puede renunciar** a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como **delitos contra la seguridad del tráfico**, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.

En relación al **proceso penal de menores** existe otro documento de la fiscalía relativo a este tema así, la FGE Consulta 2/2005, sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente.

**6283** 6. Derecho al **acceso a los elementos de las actuaciones** que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

7. A que se ponga en **conocimiento del familiar** o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de la custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tienen derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

8. Derecho a la **comunicación telefónica**, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal salvo detención incomunicada.

9. Derecho a ser visitado por las **autoridades consulares** de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.

10. Asistencia gratuita por un **intérprete**, cuando no comprenda o no hable el castellano. cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

11. A ser asistido por el **médico forense**.

12. Derecho a solicitar **asistencia jurídica gratuita**, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

**6284** **Detención comunicada e incomunicada**

Si se decretara **excepcionalmente** la incomunicación del detenido habrá que observarse determinadas prevenciones. La incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano, pues constituye una **limitación del derecho a la asistencia letrada** recogida como una de las garantías consagradas en la Const art.17.3, en la medida en que la incomunicación supone tanto la imposibilidad de nombrar letrado de la confianza del detenido, como la de entrevistarse de forma reservada con el letrado nombrado de oficio ( LECr art.520.6.d y 527 ).

Por consiguiente, las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la **necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos** en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige. Será necesario asimismo que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la **conexión de la persona** sometida a incomunicación **con el delito investigado**, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida -la averiguación del delito- y el sujeto afectado por esta -aquel de quien se presume que pueda resultar autor o participe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él- es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad ( TCo 127/2000 ; 7/2004 ).

**6286** **Prisión provisional**

Ha de tenerse en cuenta la instrucción sobre la motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la **medida cautelar** de prisión provisional o su modificación.

La prisión provisional:

- no debe ser obligatoria;
- la autoridad judicial ha de tomar su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso;
- debe considerarse como medida excepcional;
- debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe ser aplicada con fines punitivos.

## 6290 Presupuestos

(LECr art.503)

Son los siguientes:

6292 1º. **Límite objetivo de la pena del delito investigado o encausado** ( LECr art.503.1.1º ). Uno o varios hechos constitutivos de delito sancionado con pena privativa de libertad igual o superior a 2 años prisión o inferior a 2 años prisión, si concurren **antecedentes penales** no cancelados por delito doloso.

Si son **varios hechos**, se atenderá a las normas que regulan la continuidad delictiva, el concurso ideal o la acumulación jurídica, según corresponda.

El Tribunal Constitucional entiende que los términos legales son claros en cuanto a su referencia al delito y a la **pena en abstracto** y no en concreto, puesto que aluden a la pena que corresponde al delito y no a la que debe imponerse al delincuente ( TCo 9/1994 ).

6294 2º. **Motivos bastantes de responsabilidad criminal del investigado o encausado** (*fumus bonis iuris*) ( LECr art.503.1.2º ). La legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la **existencia de indicios racionales** de la comisión de una acción delictiva y como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida ( TCo 47/2000 ).

6296 3º. Que concurren alguno de los **finés constitucionalmente legítimos de la prisión provisional**, trasvasados a la legislación en la reforma que hubo por la LO 13/2003 , sobre esta materia ( LECr art.503.1.3º ):

Es preciso distinguir dos **momentos procesales diferentes** en cuanto a la ponderación de estas circunstancias: por un lado, el momento inicial en que se adopta la medida y, por otro, los eventuales pronunciamientos sobre su mantenimiento o prórroga, una vez transcurrido el tiempo. De tal modo que si en un principio cabe admitir una **motivación** basada únicamente en **datos objetivos** como la gravedad del delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente **circunstancias personales** del preso preventivo y del caso concreto ( TCo 140/2012 ).

- **Presencia del investigado o encausado** en el proceso si existe riesgo de fuga (*periculum in mora*). Para la **valoración del riesgo de fuga** se tiene en cuenta: - naturaleza del hecho; - gravedad de la pena imponible; - situación familiar, laboral y económica del investigado o encausado; - edad y estado de salud; - inminencia de celebración de juicio, especialmente, juicios rápidos ( TCo 14/1996 ; 60/2001 ; 94/2001 ; 23/2002 ; 79/2007 ; 149/2007 ). Existe **presunción «iuris tantum»** de riesgo de fuga: Cuando resulte acreditado en la causa que se dictaron **dos requisitorias** (llamamiento y busca) en los **2 años anteriores**. En estos casos no opera el límite temporal de delitos con condenas iguales o superiores a 2 años previsto en la LECr art.503.1º . Respecto a la **proximidad de la celebración del juicio oral** como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, al tener un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis ( TCo 35/2007 ; 149/2007 ; TEDH 27-6-68, caso Wemhoff; 27-6-68, caso Neumeister; 10-11-69, caso Matznetter).
- **Evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba** No podrá inferirse de: - el ejercicio del derecho de defensa; - la falta de colaboración del investigado o encausado en la investigación; Podrá inferirse de la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o por tercero a fuentes de prueba. En definitiva, es necesario que el **peligro** sea **fundado y concreto**, lo que supone la proscripción del uso de la medida cautelar como un medio de investigación o de obtención de fuentes de prueba, finalidad de ilegitimidad manifiesta declarada por el TCo 28/2002 y 179/2005 , entre otras.
- **Evitar actuaciones contra los bienes jurídicos de la víctima**: Especialmente si la víctima es sujeto pasivo de los contemplados por el CP art.153.2 (en el ámbito de la **violencia doméstica**). En estos casos tampoco opera el límite temporal de delitos con condenas iguales o superiores a 2 años.



- **Evitar que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos** ( LECr art.503.2 ; CEDH art.5.1.c ). Requiere: 1º. Que los **hechos** sean **constitutivos de delitos** que lleven aparejada **pena** igual o superior a 2 años o inferior si existen antecedentes penales no cancelados por delito doloso. No se aplica este límite si de **antecedentes y datos de policía judicial** pueda inferirse: - actuación delictiva concertada y organizada con otros para el delito; - realización habitual de actividades delictivas; 2º. Que existan **motivos bastantes** para creer **responsable al investigado o encausado** (*fumus bonis iuris*). 3º. Valoración del **riesgo de reiteración** basado en: - circunstancias del hecho; - gravedad del delito que se pueda cometer. 4º. Que el **delito** investigado o encausado sea **doloso**.

### 6300 Duración de la prisión

(LECr art.504)

Se estructura en los siguientes apartados:

a) **Regla general** ( LECr art.504.1 ). Solo el tiempo imprescindible:

- para alcanzar los fines legalmente previstos;
- siempre que subsista el motivo que justificó su adopción.

El Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que se **lesiona el derecho a la libertad personal** ( Const art.17.1 ), por vulneración de la garantía establecida en la Const art.17.4 , cuando se mantiene la prisión de una persona una vez expirado el plazo inicial legalmente previsto. El cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en la Const art.17.4 , de manera que la **superación de dichos plazos** supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración ( TCo 56/1997 ; 98/1998 ; 142/1998 ; 234/1998 ; 71/2000 ; 72/2000 ; 231/2000 y 28/2001 ).

### 6302 b) Plazos ( LECr art.504.2, 3 y 4 ).

- Si la **prisión** se adopta para evitar el **riesgo de fuga** ( LECr art.503.1.3º.a ) o para evitar que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos ( LECr art.503.2 ): 1. Delitos con penas de **prisión de hasta 3 años inclusive**: máximo 1 año prorrogable una sola vez de hasta 6 meses, previa comparecencia de la LECr art.505 . 2. Delitos con penas de **prisión superiores a 3 años**: máximo 2 años prorrogable una sola vez de hasta 2 años, previa comparecencia de la LECr art.505 .
- Si se adopta la prisión para evitar la **ocultación, alteración o destrucción** de fuentes de prueba ( LECr art.503.1.3º.b ): máximo 6 meses.
- Si hay **sentencia condenatoria**, durante la tramitación del recurso, la prisión provisional puede extenderse hasta la mitad de la pena impuesta.
- Si se decreta **prisión incomunicada** o **secreto de sumario**, levantada la incomunicación o el secreto para mantener la prisión habrá de motivarse la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.
- Transcurridos los plazos máximos podrá acordarse nuevamente la prisión si sin motivo legítimo **no compareciera** a cualquier llamamiento del juez o tribunal.

c) **Cómputo de los plazos** ( LECr art.504.5 ). Para el mismo:

- se incluirá: tiempo de detención y prisión provisional por la misma causa.
- se excluirá: tiempo por dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

### 6304 d) Procedimiento ( LECr art.505 ). La prisión provisional y la libertad provisional se adoptarán mediante auto motivado previa celebración de una audiencia.

### 6306 1. Audiencia. La convocatoria se llevará a cabo por el juez o tribunal competente que deba conocer la causa:

- en **juicios rápidos**, se realiza en la audiencia prevista en la LECr art.798 ;
- en el **resto de procedimientos**: dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial.

Los **asistentes** son:

- el investigado o encausado asistido de letrado;
- el Ministerio Fiscal; y
- demás partes personadas.

En lo que se refiere a la **celebración**:

- la medida cautelar ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o parte acusadora;
- si no fuera solicitada se acordará la libertad;

- las partes realizarán alegaciones en apoyo de sus pretensiones;
- cabe proponer y practicar prueba relativa a la medida que se pueda practicar en el acto o dentro del plazo de 72 horas a contar desde que el detenido fue puesto a disposición judicial.

Excepcionalmente puede adoptarse la **prisión provisional sin celebración de la audiencia** si no pudiera celebrarse y concurren los requisitos para su adopción. En este caso, dentro de las 72 horas siguientes habrá de convocarse nueva audiencia.

Por lo que respecta a la prisión provisional por **juez o tribunal distinto** al competente para conocer la causa:

- Se celebra la audiencia ante el juez incompetente siempre que no puede poner, en el plazo de 72 horas, a disposición del juez competente al detenido.
- El juez o **tribunal competente subsanará dicha actuación**: oyendo al investigado o encausado asistido de su abogado tan pronto sea posible y dictará la resolución que proceda.

No se prevé esta comparecencia para el supuesto de **prórroga**, previa sentencia de condena. En cuanto a la celebración de la comparecencia en el supuesto de **prórroga de la prisión provisional**: la jurisprudencia constitucional tiene asentado el criterio de que no les corresponde interferir en el juicio de legalidad ordinaria por el que el órgano judicial competente determina si resulta exigible dicha comparecencia en los supuestos de prórroga de prisión provisional por sentencia condenatoria, siempre que tal audiencia se rechace de manera razonada, sin olvidar en todo caso que tal garantía no figura en la Ley de enjuiciamiento criminal ni, por lo demás, parece directamente exigible *ex Constitutione* para este tipo de supuestos.

**6308 2. Auto motivado y recursos** ( LECr art.506 y 507 ). Las resoluciones que se dicten sobre la **situación personal del investigado o encausado** adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la **medida** se considera **necesaria y proporcionada** respecto de los fines que justifican su adopción.

Las **exigencias constitucionales de motivación** que han de satisfacer las resoluciones judiciales a través de las que se acuerda la prisión provisional son las siguientes:

a) La prisión provisional es una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que limitativa del derecho a la libertad personal ( Const art.17.1 ) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige como presupuesto la existencia de **indicios racionales de la comisión de un delito** por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva); y, como objeto, que se la conciba tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines (por todas, TCo 128/1995 ; 66/1997 ; 33/1999 ; 47/2000 y 35/2007 ).

b) Las decisiones relativas a la **adopción y mantenimiento de prisión provisional** han de expresarse a través de una resolución judicial motivada, **motivación** que ha de ser «**suficiente y razonable**», entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego -la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro- a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional.

Para ello, obviamente, la resolución judicial ha de expresar cuál es el **presupuesto de la medida** y el fin constitucionalmente legítimo perseguido ( TCo 128/1995 ; 66/1997 ; 47/2000 y 35/2007 ).

c) La **falta de motivación**, en los términos anteriormente expuestos, de la resolución judicial afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del presupuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en la Const art.17 ( TCo 128/1995 ; 47/2000 ; 29/2001 y 138/2002 ).

Contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del investigado o encausado podrá ejercitarse el **recurso de apelación**, en los términos previstos en la LECr art.766 , que gozará de tramitación preferente. También se señala un **breve plazo de resolución**, pues el recurso contra el auto de prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días.

**6312 d) Modalidades** Debe distinguirse entre prisión incomunicada y prisión atenuada ( LECr art.509 ):

1. **Prisión incomunicada** ( LECr art.509 y 510 ).

Se establecen una serie de **limitaciones**:

- El incomunicado podrá **asistir** con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención la Ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

- Se permitirá al preso contar con los **efectos que él se proporcione** siempre y cuando a juicio de juez o tribunal no frustren los fines de la incomunicación.
- El preso **no** podrá realizar ni recibir **comunicación** alguna. No obstante, el juez o tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas. La **limitación del derecho de defensa** se concreta en que la asistencia letrada será siempre de oficio y se excluye la entrevista reservada con el letrado ( TCo 196/1987 y 165/2005 ).
- El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser **reconocido por un segundo médico forense** designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos.

La prisión incomunicada tiene como **finalidad**, la necesidad urgente de:

- evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona; o
- una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

Por lo que respecta a la **duración**, esta será del tiempo estrictamente necesario para practicar las diligencias necesarias que eviten se consumen los riesgos descritos en el párrafo anterior. La incomunicación no puede superar los 5 días, prorrogables hasta 5 días más, si es un delito de la LECr art.384 bis o de delincuencia organizada.

Finalizado el plazo, la **cesación de los efectos de la incomunicación** es automática ( TCo 167/2002 y 7/2004 ).

En ningún caso pueden ser objeto de detención incomunicada los **menores de 16 años**.

**6316 2. Prisión provisional atenuada** ( LECr art.508 ). Implica la sustitución de prisión provisional por arresto domiciliario o el ingreso en un centro hospitalario y exige enfermedad o grave peligro para la salud derivada del internamiento.

Se acordará la **vigilancia** que determine el juez.

Cabe **autorización de salida** del domicilio por el juez o tribunal para tratamiento.

**6318 Libertad provisional**  
(LECr art.528)

Es la situación en que se encuentra el encausado condicionada a la prestación de ciertas **obligaciones accesorias** que tienen por objeto garantizar su presencia en el proceso penal. La libertad provisional ha de ser la regla y la privación de libertad, la excepción.

Si **cesaran los motivos** que ocasionaron la detención o prisión provisional, o tan pronto como hubieran transcurrido los plazos legales, será puesta en libertad, cualquiera que fuese el estado de la causa.

**6320 Presupuestos específicos**  
(LECr art.529)

Se enumeran los siguientes:

- celebración de la **audiencia** (la misma que para la prisión provisional LECr art.505 );
- se decreta con o sin **fianza**;
- **notificación del auto** al investigado o encausado, que es **recurrible** pues contra los autos que acuerden la libertad del investigado o encausado podrá ejercitarse el recurso de apelación, en los términos previstos en la LECr art.766 , que gozará de tramitación preferente. También se señala un **breve plazo de resolución**, pues el recurso contra el auto de prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días ( LECr art.507 ).

**6322 Obligaciones accesorias**

Debe distinguirse entre la fianza y la comparecencia.

a) **Fianza**. La libertad bajo fianza constituye una **medida cautelar** destinada a asegurar que los acusados no se sustraerán a la Administración de Justicia y a la celebración del juicio y en su caso al cumplimiento de la sentencia condenatoria ( TCo 108/1984 ; 66/1989 ; 85/1989 ; 56/1997 y 14/2000 ). No es una pena, cuya concreción deba depender del mayor o menor grado de responsabilidad del investigado o encausado ( TCo 66/1989 ; TCo auto 730/1985 ). El Convenio Europeo de Derechos Humanos art.5.3 establece que «la puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio». En el plano constitucional, la fianza adquiere el significado de representar una **condición para acceder a la libertad**, ya que el hecho de no presentarla determina que el sujeto continúe en prisión o sea sometido a ella, con lo que en definitiva se cuestiona el **derecho fundamental a la libertad personal** ( TCo 127/1984 ; 178/1985 y 14/2000 ; TCo auto 158/2000 ).

La fianza se adopta bien como alternativa de la detención ( LECr art.492.3º ) o como alternativa de la prisión provisional ( LECr art.505 ). A esta fianza se le llama **carcelaria**.

La **calidad y cantidad** de la fianza ( LECr art.529 ) será la que fije el tribunal y ha de estar basada en un juicio concreto de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, el estado social, los antecedentes del investigado o encausado y demás circunstancias que pudiesen influir en el mayor o menor interés del mismo para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial ( TCo 108/1984 ; 178/1985 ).

La **realización de la fianza** se lleva a cabo por la vía de apremio ( LECr art.536 y 538 ), en los bienes del dominio del encausado a través de la realización inmediata ( LECr art.537 ). Si se tratase de **fianza personal** se procede contra los bienes del fiador hasta hacer efectiva la cantidad fijada ( LECr art.543 , sobre la acción de repetición del fiador personal). El **importe** de la fianza servirá para satisfacer las costas causadas en la pieza separada formada para su constitución; el resto se adjudicará al Estado.

Respecto de su cancelación ( LECr art.540 a 542 ), esta se producirá cuando el fiador personal lo pidiera, presentando a la vez al encausado, cuando este fuera reducido a prisión, cuando se dicte auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absoluta, cuando siendo condenatoria, se presente el reo para cumplir la condena y por muerte del procesado estando pendiente la causa.

**6324 b) Obligación de comparecer.** Será en los **días** que le fueran **señalados** y cuantas veces fuera llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa ( LECr art.530 ). Se constituirá *apud acta*, con una periodicidad variable y con posible retención de pasaporte.

**6326 Orden de alejamiento o distanciamiento entre el agresor y la víctima**  
(LECr art.544 bis)

El juez puede imponer al inculpado la prohibición de:

**1º.** Residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o comunidad autónoma.

**2º.** Acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o comunidades autónomas.

**3º.** Aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, a fin de darles protección.

**6328 Supuestos**  
(CP art.57)

Se dicta en procesos seguidos por **delitos** de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

La eficacia de esta medida está condicionada a la **voluntad de la víctima**, esto que tan frecuentemente se da en el ámbito de la **violencia de género** ha sido objeto de atención específica por el Supremo al manifestar que en esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente auto determinada, estimar que, en todo caso, la **reanudación de la convivencia** acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una **nueva secuencia de violencia** se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento ( TS 26-9-05, EDJ 187655 ; 19-1-07, EDJ 2693 ).

Pero también ha señalado el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda sobre la interpretación del CP art.468 que en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima, el **consentimiento de la mujer** no excluye la punibilidad a efectos del CP art.468 ( Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 25-11-08, EDJ 375476 ).

**6330 Forma**

Se adopta por un **órgano jurisdiccional** no por la policía y del Ministerio Fiscal, en cualquier proceso o en cualquier momento procesal, y el órgano jurisdiccional puede que no sea el competente, mediante auto, cuando resulte estrictamente necesario al fin de dar protección a la víctima.

**6332 Ámbito de protección**

Al ofendido por el delito, a sus familiares u otros sujetos especialmente cercanos a la víctima que, como ella, puedan estar en peligro y solo se puede adoptar **contra el inculpado** y no frente a otros sujetos diferentes al inculpado.

**6334 Límite temporal**

Sin límite en la Ley de Enjuiciamiento Criminal pero sí, el CP art.57 como **penas accesorias**: será de un tiempo máximo de 10 años en el supuesto de delitos graves, 5 años en el supuesto de delitos menos graves y 6 meses en

el supuesto de delitos leves. Solo deben mantenerse **mientras sea preciso** y que deben ser dejadas sin efecto, si el peligro desaparece, o volverse a adoptar si el peligro reaparece.

#### 6336 Incumplimiento

Adopción de medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, con las consecuentes **responsabilidades penales** ( CP art.468 ).

#### 6338 Abono de la medida

(CP art.58.2)

Se abonarán **en su totalidad**, para el cumplimiento de la pena impuesta las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. Se consideran penas privativas de derechos las de **residir en determinados lugares** o de **acudir a ellos** ( CP art.39.f ).

El tiempo en que al inculcado se le prohibió «cautelarmente» acudir o residir en determinado lugar deberá abonarse para la condena.

#### 6340 Orden de protección

(LECr art.544 ter)

Se trata, según el legislador, de un **rápido y sencillo** procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, con el fin de que pueda obtener la víctima de la violencia doméstica, un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una **acción cautelar de naturaleza civil y penal**, y además supondrá la activación de instrumentos de protección social que deberán proporcionar las diferentes Administraciones públicas.

Los **requisitos** para que se dicte son:

**a)** Que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta.

**b)** Que la infracción cometida se tipifique como delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad.

**c)** Que la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el CP art.173.2 :

- **cónyuge** o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia;

- **descendientes, ascendientes o hermanos** por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente;

- **menores o personas con discapacidad** necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente;

- **persona** amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre **integrada en el núcleo de su convivencia familiar**; y

- personas que por su **especial vulnerabilidad** se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Sobre **cónyuge** o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los **descendientes, ascendientes** o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los **menores o incapaces** que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre **persona amparada** en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a **custodia o guarda** en centros públicos o privados.

**d)** Que resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

#### d. Medidas cautelares reales

6345 Estas medidas limitan la disponibilidad de ciertas cosas y pretenden asegurar la **ejecución de los pronunciamientos patrimoniales** de cualquier clase que pueda incluir la sentencia ( LECr art.589 , es decir tanto referente a la pretensión de resarcimiento acumulable a la acción penal (restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios, CP art.110 ), como a la condena al pago de una multa y la condena en costas.

#### 6346 Fianza

Se acuerda mediante **auto** y su **cuantía** debe ser igual o superior al tercio del total de las responsabilidades a cubrir.

Se **diferencia** la fianza **de la libertad provisional**, tanto en la finalidad como en las consecuencias del incumplimiento.

Hay diversas **clases**: personal, pignoraticia, hipotecaria.

Contra los autos que el juez dicte calificando la suficiencia de las fianzas procederá el **recurso de apelación** ( LECr art.596 ).

La LECr art.764 en sede del **procedimiento penal abreviado** en la redacción dada por L 38/2002 en virtud de la cual se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que provoca la remisión a la LEC art.721 , 726 a 728 , 746 y 747 .

#### 6348 Embargo

Tiene un **carácter subsidiario** respecto de la fianza y se aplican las normas de la LEC y sus peculiaridades recogidas en la LEC art.597 s. Solo procede cuando al día siguiente de la notificación la fianza no se preste. Ex LECr art.614 se aplicará lo dispuesto en la LEC en materia de embargo que no esté contemplado en la ley procesal penal, esto es en la LECr art.584 a 633 .

Así, habrá de tenerse en cuenta los siguientes aspectos insuficientemente regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

a) **Determinación de los bienes objeto de embargo**. Se requiere al investigado o encausado para que señale los bienes a embargar en cuantía suficiente con el fin de cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias. En caso contrario, se aplicarán las normas de investigación patrimonial ( LEC art.588 a 590 ).

b) Se tendrán en cuenta las **normas de inembargabilidad de determinados bienes** ( LECr art.598 y 592 ; LEC art.605 a 607 , 608 y 609 ).

c) Debe tenerse en cuenta la Ley hipotecaria que señala que en los procedimientos criminales podrá tomarse **anotación de embargo preventivo** o de **prohibición de disponer** de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el investigado o encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento ( LH art.20 ).

#### 6350 Pieza separada

(LECr art.519 y 590 )

Todo lo relativo a **fianzas** y **embargos** se tramita en pieza separada. En igual sentido, respecto de las diligencias sobre prisión provisional.

Estas piezas separadas se han de quedar en el órgano a quo cuando se **remitan** al Tribunal Supremo las actuaciones principales para el trámite del recurso de casación, precisamente para que pueda el tribunal de instancia resolver si alguna cuestión se plantea sobre estas materias.

Por ello la decisión sobre la **modificación de medidas** suscitadas durante la sustanciación de la casación, la ha de resolver el órgano de instancia.

#### Precisiones

Así una **petición de prórroga** sobre anotación preventiva no puede ser presentada ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ya que carece de competencia para resolver sobre estas materias ( TS 12-4-04, EDJ 31453 ).

#### 6. Procesamiento

(LECr art.384)

6360 El auto de procesamiento constituye, una **resolución motivada y provisional** por la que se declara a una persona concreta como formalmente procesada, al tiempo que se le comunica la existencia de una **determinada imputación** en su contra para que pueda defenderse de ella con plenitud de medios y efectos, siendo lo más destacable de la misma que se trata de una decisión interina o provisional, que tiene como fin proteger al investigado o encausado, pues es un **requisito previo e indispensable** de la acusación y, en base a tal consideración, lo que destaca de ella es que resulta suficiente para su validez y eficacia con el cumplimiento de unos requisitos mínimos, con los que en modo alguno se atenta a la presunción de inocencia, no supone aún ejercicio de la acción penal, no está precisado el juzgador de verificar una calificación exhaustiva y precluyente, como se desprende con toda claridad tanto de la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como de la doctrina del TCo 46/1983 ; 324/1982 y 340/1985 .

### 6362 Requisitos

El procesamiento es una **declaración formal** por la que el órgano jurisdiccional atribuye o imputa provisionalmente a una persona la comisión de unos hechos presumiblemente delictivos:

- Se declara por medio de un **auto**, generalmente, durante el sumario o la fase intermedia.
- Es necesaria la concurrencia de **indicios nacionales de criminalidad**.
- No está sometido a **límites temporales**.
- Presupuesto de la **fase decisoria**, sin él no podrá acordarse la apertura del juicio oral.
- El **contenido** del auto de procesamiento se tiene que constreñir a la declaración de procesamiento y además a la adopción de medidas cautelares personales y/o reales contra el sujeto pasivo.

### 6364 Garantías

Las garantías que entraña el auto de procesamiento son:

- el **conocimiento previo** de la acusación en fase sumarial;
- posibilita la **declaración indagatoria**;
- establece la obligación judicial de proveer la designación de **abogado de oficio**, y
- confiere al procesado la **condición de parte**.

Los **efectos de carácter extraprocesal** que pueden entrañar son:

- la privación provisional del permiso de conducir ( LECr art.529 bis );
- la limitación del derecho de sufragio pasivo ( LO 5/1985 art.6 y 137 ); o
- la suspensión del cargo o función públicos que el encausado ostentara ( LECr art.384 bis ; LOTC art.24 ).

### 6366 Recursos

(LECr art.384.V, VI y VII)

Los recursos que pueden interponerse contra el auto de procesamiento son:

1.º Contra el <b>auto que decreta el procesamiento</b> puede interponerse recurso de reforma (plazo 3 días).	2.º Contra el <b>auto que deniega el procesamiento</b> se concederá recurso de reforma (plazo 3 días).
- Si se desestimase cabrá apelación en un efecto (5 días) (subsidiariamente con el de reforma).	- Si se desestimase, la petición podrá reproducirse ante la Audiencia.
- Si se estimase quedara sin efecto el auto de procesamiento. Cabrá reproducir la solicitud ante la Audiencia en fase intermedia. Si la Audiencia considera procedente la declaración de procesamiento, mandará al Instructor que la haga. Recurso de apelación que se admitirá en un efecto, sin necesidad de utilizar previamente el de reforma.	- Si se estimase el recurso de reforma podrá el afectado valerse de los mismos recursos de reforma y apelación que se conceden al directamente procesado.

## D. Conclusión de la instrucción

6375 Conclusión del sumario	6376
Recursos de apelación pendientes	6378

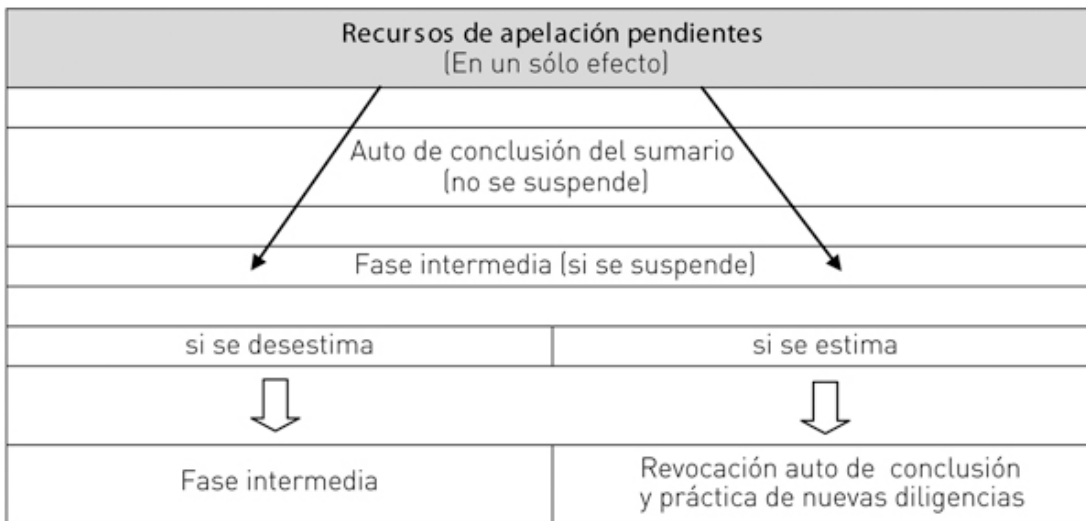
### 6376 Conclusión del sumario (LECr art.622 , 779.1 y 798.2)

Una vez terminado el sumario, el juez instructor de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal dictará el **auto de conclusión** del sumario contra el cual no cabe recurso alguno y mandará remitir los autos y las piezas de convicción al tribunal competente para conocer del delito.

### 6378 Recursos de apelación pendientes

La sustanciación de los recursos de apelación **admitidos solo en un efecto** no impedirá nunca la terminación del sumario, por lo que el letrado de la Administración de Justicia en la remisión del sumario a la Audiencia, cuidará de expresar los recursos de apelación en un efecto que haya pendientes.

En la Audiencia quedará **en suspenso la fase intermedia** hasta que sean resueltas las apelaciones pendientes. Si estas fueran **desestimadas**, en cuanto la resolución en que así se acuerde sea firme, continuará la sustanciación de la causa y si **se estimase** alguna apelación, se revocará sin más trámite el auto del juez declarando concluso el sumario y el letrado de la Administración de Justicia le devolverá este con testimonio del auto resolutorio de la apelación, para la práctica de las diligencias que sean consecuencia de tal resolución.



6380 En el **proceso penal abreviado**, una vez terminadas las diligencias previas, al conocer el mismo órgano que instruye el equivalente a la fase intermedia, esto es, la fase de preparación del juicio oral, no hay propiamente un auto de conclusión de sumario sino más bien un auto de adecuación o inadecuación del procedimiento seguido hasta el momento, pudiendo el juez hacer diferentes pronunciamientos ( LECr art.779 ):

a) Acuerda el **sobreseimiento libre o provisional de la causa**, dependiendo de los supuestos que concurran en cada caso.

Debe procederse a la **comunicación del auto**:

- A las víctimas del delito, en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, dirección postal o domicilio que hubieran designado en la solicitud prevista en L 14/2015 art.5.1.m ;
- En caso de **muerte o desaparición** ocasionada por un delito, al cónyuge no separado legalmente o de hecho, a los hijos de esta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos, a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella, a los progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar o en caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima ( LECr 109 bis.1 ). En estos supuestos el juez o tribunal, podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieren practicado para su localización.
- Excepcionalmente, en el caso de **ciudadanos residentes fuera de la Unión Europea**, si no se dispone de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la comunicación, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.

Transcurridos 5 días desde la comunicación, se entenderá que ha sido **efectuado válidamente** y desplegará todos sus efectos, excepto si la víctima acredita justa causa de la imposibilidad de acceso al contenido de la comunicación. Las víctimas pueden interponer **recurso** contra recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de 20 días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa ( LECr 779.1.1ª ).

b) Si reputa los hechos como **delito leve**, remite el procedimiento al juzgado competente, si es que no es el mismo; lo mismo si el investigado o encausado es menor. Y si los hechos se atribuyen a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor de la misma.

c) Si reputa un **delito castigado con pena de privación de libertad no superior a 9 años** (o con penas de distinta naturaleza) acordará seguir por los trámites del procedimiento abreviado, determinando los hechos punibles e identificando a la persona que se le impute su comisión.

d) Finalmente, si el investigado o encausado hubiera reconocido los hechos y estos permitieran su **enjuiciamiento rápido**, el juzgado convocará a las partes para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad



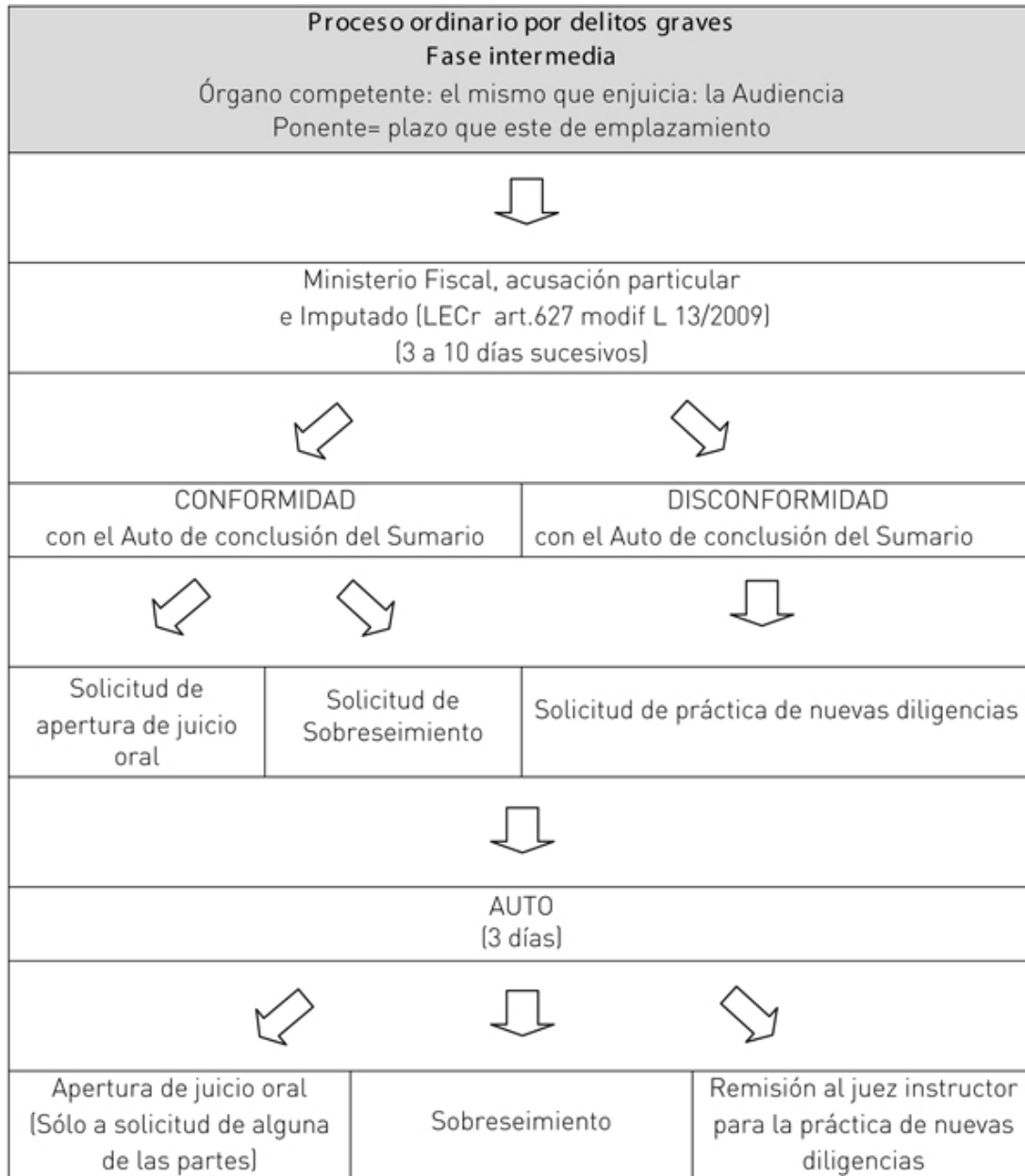
del acusado. Si así fuera, se incoarán las diligencias urgentes siguiéndose los trámites previstos en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

## II. Fase Intermedia

6395	A. Aspectos generales de la fase intermedia	6398
	B. Sobreseimiento	6400
	C. Apertura de juicio oral	6440

### A. Aspectos generales de la fase intermedia

6398 Se expone a continuación un cuadro explicativo de la fase intermedia en el proceso ordinario por delitos graves.



### B. Sobreseimiento

6400	1. Momento procesal	6405
	2. Supuestos	6408
	3. Efectos del sobreseimiento	6418

- 6402 Procesalmente, el sobreseimiento ( LECr art.634 s. ) es una resolución dictada en forma de auto que produce la **terminación del proceso** (si es libre) o su **suspensión** (cuando se trata del provisional), por ausencia de los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral.

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** del sobreseimiento, ver nº 1940 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.

#### 1. Momento procesal

- 6405 En el **juicio ordinario por delitos graves** la regla general es la fase intermedia, pudiendo decretarse incluso, solicitada por una de las partes acusadoras la apertura de juicio oral. Así, de acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales, la Ley señala que **solicitada la apertura del juicio oral**, aunque lo sea exclusivamente por la acusación particular, el tribunal podrá acordar, no obstante, el sobreseimiento a que se refiere la LECr art.637.2º y en cualquier otro caso no podrá prescindir de la apertura del juicio - LECr art.645 - ( TCo 171/1980 ; 297/1994 ; 314/1994 y TS 15-10-01, EDJ 35471 y 5-12-11, EDJ 322766 ). En fase de juicio oral se podrá provocar el sobreseimiento en caso de estimarse alguno de los **artículos de previo pronunciamiento**.

En el **procedimiento abreviado** será en la fase previa a la preparación del juicio oral, dictado por el juez de instrucción ( LECr art.779.1.1º ), o dentro de esa fase de preparación del juicio oral emitido también por el instructor ( LECr art.782.1 y 783.2 ).

En fase del **juicio oral**, durante el turno de intervenciones, al estimarse los artículos de previo pronunciamiento.

#### 2. Supuestos

- |      |                               |      |
|------|-------------------------------|------|
| 6408 | a. Sobreseimiento libre       | 6410 |
|      | b. Sobreseimiento provisional | 6415 |

#### a. Sobreseimiento libre

(LECr art.637)

- 6410 Se dicta auto de sobreseimiento libre:

1. Cuando **no** existan **indicios racionales de haberse perpetrado el hecho** que hubiera dado motivo a la formación de la causa ( LECr art.637.1º ). Deben haber desaparecido todos los indicios que motivaron la imputación, ya que en caso contrario se procedería a la apertura del juicio oral, por ello el **juicio de revisión casacional** debe extenderse a comprobar si los hechos investigados pueden ser o no constitutivos de infracción penal teniendo en cuenta el **fundamento de la imputación** a la vista de los indicios racionales de criminalidad existentes en las diligencias ( LECr art.386 y 779.1 ), luego en estos casos necesariamente la infracción de preceptos penales sustantivos es de segundo grado o por alcance teniendo en cuenta la existencia o no de fundamento de la imputación. La existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en **hechos presuntamente delictivos** es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma, lo que en este caso equivale a acordar la apertura del juicio oral ( TS 29-12-04, EDJ 234835 ; 15-6-11, EDJ 216833 ).

2. Cuando el **hecho no sea constitutivo de delito** ( LECr art.637.2º ). Es preciso deslindar las **funciones del instructor** y las del tribunal al que corresponde el enjuiciamiento y la decisión, de forma que el primero, siempre que exista una acusación, no puede rebasar las funciones propias de la instrucción y adentrarse en cuestiones que afectan a la culpabilidad, como es el dolo, o a otros elementos del tipo, salvo casos de diafanidad manifiesta, entrando en **juicios de inferencia**, cuya decisión exige la celebración de **verdaderos actos de prueba** bajo el imperio de los principios que rigen el juicio oral, pues de lo contrario se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la acusación que se ve privada además de su derecho a sostener la misma y a utilizar los medios de prueba pertinentes ( TS 29-12-04, EDJ 234835 ).

3. Cuando aparezcan **exentos de responsabilidad criminal** los procesados como autores, cómplices o encubridores ( LECr art.637.3º ). Si la presencia de una causa de inimputabilidad o de justificación se deduce nítida, rotunda y diáfana del material instructorio, el órgano judicial competente puede acordar el sobreseimiento libre. Es cierto que

el **querellante** o **acusador particular** puede sostener una pretensión que cuestione la prueba de la exención. Pero en este caso lo que deberá hacer el tribunal es verificar la **razonabilidad** de la misma ( TS 7-7-00, EDJ 24540 ).

Si se **sobresee la causa** y fuese necesario la imposición de medidas de seguridad, una vez emitido el dictamen pericial - LECr art.381 - y oídas las personas que puedan deponer sobre sus circunstancias, incluso examinándolo personalmente el instructor - LECr art.382 -, dos normas contradictorias aparecían, de una parte, la LECr art.637.3.º y el Código Penal derogado art.8.1.º y 3.º.

El primero, ordena decretar el **sobreseimiento**, el segundo, que el tribunal sentenciador ordene el **internamiento en centro especial**, del que no podría salir sin autorización de aquel. Ante esta contradicción, el primero supone que el **juicio oral no llegue a realizarse**, mientras que el segundo, implica que el **juicio oral debe efectuarse**. Solo en el supuesto de que el estado del acusado no lo permitiera, no se celebraría el juicio oral y se adoptarían las medidas de internamiento solicitadas. Si por el contrario, su estado no lo impidiera, se verifica el juicio oral, y el tribunal sentenciador adopta las medidas después de absolver, si aprecia dicha enajenación. Por tanto, el juicio oral debe celebrarse, pues el sobreseimiento, es un «enérgico remedio» que solo con suma cautela se aplica, en casos de insólita **excepción** ( TS 4-12-97, EDJ 10559 ).

4. Cuando estima alguno de los «**artículos de previo pronunciamiento**» ( LECr art.666 ).

### b. Sobreseimiento provisional

(LECr art.641)

6415 Se dicta auto de sobreseimiento provisional:

1. Cuando **no resulte debidamente justificada la perpetración del delito**, que haya dado motivo a la formación de la causa ( LECr art.641.1º ).
2. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y **no haya motivos suficientes para acusar** a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores ( LECr art.641.2º ).

### 3. Efectos del sobreseimiento

6418 a.	Solicitud de sobreseimiento por las partes	6420
b.	Efectos del sobreseimiento acordado	6422

#### a. Solicitud de sobreseimiento por las partes

6420 El tribunal lo acuerda o no en función de:

Si concurre Ministerio Fiscal y acusación particular	- Si ambos solicitan el sobreseimiento, el tribunal deberá acordarlo. - Si alguno solicita la apertura del juicio oral, el tribunal no podrá sobreseer, salvo si estima que concurre el supuesto contemplado en la LECr art.637.2.º , es decir, que el hecho no es constitutivo de delito ( LECr art.645 )
Si solo concurre Ministerio Fiscal	Si solicita el sobreseimiento, el tribunal podrá: 1. Acordarlo 2. No acordarlo, si estima improcedente la petición del fiscal y se cita a una comparecencia a los ofendidos por el delito: - si no comparecieran: remisión de la causa al superior jerárquico del fiscal; - si comparece acusador particular a sostener la acusación, o el superior jerárquico del fiscal decide que procede la apertura del juicio oral, se aplica lo señalado en el anterior supuesto; - si, por el contrario, no se presenta ningún acusador particular y el fiscal consultado confirma la petición de sobreseimiento, el tribunal deberá acordarlo.

#### b. Efectos del sobreseimiento acordado

6422 Debe distinguirse entre:

#### 6424 Efectos comunes al sobreseimiento libre y provisional

El sobreseimiento conlleva:

- a) Archivo de la causa y de las piezas de convicción que no tengan dueño conocido ( LECr art.634 ).

b) La revocación de las medidas cautelares que se hayan adoptado a lo largo del proceso.

c) A instancia del procesado, reservarse a este su derecho de perseguir al querellante como calumniador ex CP art.205 s.

El Tribunal Constitucional ha declarado que permite también al acusado proceder contra el acusador, por **acusación** o **denuncia falsa** cuando el sobreseimiento sea provisional, por tanto no lo circunscribe el libre. Así, la equiparación de ambas fórmulas de clausura solamente se ha admitido en relación al requisito procesal de **perseguidibilidad del delito** de acusación y denuncia falsa, para dar efectividad al derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del perjudicado por el delito ( TS 27-12-04, EDJ 255241 ). Y, al tiempo, enfatizamos la diversidad de trascendencia de uno y otro tipo de sobreseimiento a los efectos de valorar el concurso de la **prescripción**.

#### 6426 Efectos particulares del sobreseimiento libre (LECr art.638)

Produce los siguientes:

a) En los casos de la LECr art.637.1º y 2º podrá declararse, al decretar el sobreseimiento, que la **formación de la causa** no perjudica a la reputación de los procesados.

b) El tribunal podrá proceder **de oficio contra el querellante**, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal ( CP art.456 y 457 ).

c) El auto de sobreseimiento libre, una vez que adquiere firmeza, produce el efecto de **cosa juzgada material**. El sobreseimiento libre se configura así como una resolución definitiva, que produce el efecto de la cosa juzgada material, es decir, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada ( TS 7-7-00, EDJ 24540 ).

#### 6428 Efectos particulares del sobreseimiento provisional

Provoca la suspensión del proceso y el archivo provisional de las actuaciones pero **no** produce el efecto de **cosa juzgada material**. Es decir el sobreseimiento provisional permite la **reapertura del procedimiento** «cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos». Esto quiere decir que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa. De esta manera, el sobreseimiento provisional tiene dos aspectos. Uno que no resulta modificable sin más cuando el auto adquirió firmeza que es el referente a la insuficiencia de los elementos obrantes en la causa para dar paso a la acusación. La más tradicional de nuestras doctrinas procesales ha entendido en este sentido el concepto de sobreseimiento al definirlo «el hecho de cesar el procedimiento o curse de la causa por no existir méritos bastantes para entrar en el juicio». El auto contiene también otro aspecto que autoriza su modificación sometida a una condición: la aportación de **nuevos elementos de comprobación** ( TS 30-6-97, EDJ 5495 ; 23-1-08, EDJ 25604 ).

### 4. Impugnación del auto de sobreseimiento

---

6430 Procede el **recurso de casación por infracción de ley** contra el auto de sobreseimiento libre dictado en primera instancia y en apelación por las audiencias provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada ( LECr art.848 ) y los autos de sobreseimiento provisional no son susceptibles de recurso de casación por carecer del carácter de definitivos.

### C. Apertura de juicio oral

(LECr art.633)

6440 Las **condiciones** para que se produzca el auto de apertura de juicio oral son:

- que el hecho sea constitutivo de delito;
- que alguien se encuentre procesado como responsable criminal del hecho; y
- que el Ministerio Fiscal o alguna de las partes acusadoras soliciten la apertura del juicio oral. Solicitada la apertura del juicio oral, aunque lo sea exclusivamente por la acusación particular, el tribunal podrá acordar, no obstante, el sobreseimiento a que se refiere la LECr art.637.2º y en cualquier otro caso no podrá prescindir de la apertura del juicio ( TS 15-10-01, EDJ 35471 ).

#### 6442 Efectos del auto de apertura del juicio oral

La apertura del juicio oral:

1. Supone la **preclusión** de la posibilidad de que se personen las partes acusadoras en el proceso.

Se establece como **límite temporal** el que «hicieran antes del trámite de calificación del delito», siendo precisamente el auto de apertura del juicio oral lo que supone el traslado de la causa a las partes para su calificación ( LECr art.110 ).

2. **Cierre definitivo** de la fase de instrucción, a partir de este momento precluye la posibilidad de realizar más diligencias de investigación y con ello de introducir nuevos hechos en el proceso.

3. El auto de apertura produce la **publicidad de las actuaciones** que se desarrollen a partir de ahora («Dictada que sea esta resolución, serán públicos todos los actos del proceso» - LECr art.649 -).

| SECCIÓN 2

## Fase decisoria

6450	I.	Aspectos generales de la fase decisoria	6455
	II.	Trámites previos	6458
	III.	Suspensión del juicio oral	6540
	IV.	Vista	6560
	V.	Sentencia	6620
	VI.	Cosa juzgada formal y material	6632

### I. Aspectos generales de la fase decisoria

6455 La **competencia objetiva** para conocer de esta fase depende de la materia, de la persona y de la pena en abstracto señalada a cada delito cuando se trate de competencia objetiva ordinaria o común:

Delitos leves	
Juzgados de instrucción	LECr art.14.1º LOPJ art.87.1.c LO 2/1986 art.8.1.3º
Juzgados de violencia sobre la mujer	LECr art.14.5.d LOPJ art.87 ter.d
Juzgados de menores	LO 5/2000 art.1 y 2
Delitos menos graves y graves	
Juzgados de lo penal	LECr art.14.3º I
Juzgados de menores	LO 5/2000 art.1 y 2
Audiencia provincial (Sección Penal)	LECr art.14.4º.I
Tribunal del jurado	LO 5/1995 art.1
Tribunal superior de justicia (Sala de lo Civil y de lo Penal)	LOPJ art.73.3
Juzgado Central de lo Penal	LECr art.14.3º ; LOPJ art.65 ; LO 4/1988 disp.trans.
Juzgado Central de Menores	LO 5/2000 art.2.4
Audiencia Nacional	LECr art.14.3º ; LOPJ art.65 ; LO 4/1988 disp.trans.
Tribunal Supremo (Sala Segunda y Sala del art.61)	LOPJ art.57.1.2º y 3º ; LOPJ art.61

### II. Trámites previos

6458	A.	Artículos de previo pronunciamiento	6460
	B.	Calificación provisional	6495
	C.	Trámites hasta la celebración del juicio oral	6525

#### A. Artículos de previo pronunciamiento

6460	1.	Declinatoria de jurisdicción	6465
	2.	Cosa juzgada	6468

3.	Prescripción del delito	6470
4.	Amnistía e indulto	6476
5.	Falta de autorización administrativa para proceder en los casos en que sea necesaria	6478
6.	Otros supuestos	6480
7.	Procedimiento para plantear los artículos de previo pronunciamiento	6485

6462 Previa a la celebración del juicio oral, deben sustanciarse y resolverse los llamados artículos de previo pronunciamiento o también llamadas «cuestiones previas».

Se trata de cuestiones de carácter incidental que deben decidirse antes de pasar al examen del asunto principal.

Son tan solo objeto de artículos de previo pronunciamiento las **cuestiones** o **excepciones** siguientes:

- la declinatoria de jurisdicción;
- la de cosa juzgada;
- la de prescripción del delito;
- la de amnistía o indulto; y
- la falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y leyes especiales ( LECr art.666 ).

Constituyen **formas excepcionales de finalizar el proceso**, en contraposición con el dictado de la sentencia subsiguiente al plenario que sería su finalización normal.

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** de los artículos de previo pronunciamiento, ver nº 2370 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.

#### 1. Declinatoria de jurisdicción

(LECr art.45)

6465 Las declinatorias se sustanciarán como artículos de previo pronunciamiento. A través de esta excepción se puede denunciar la **falta de jurisdicción** (jurisdicción española; jurisdicción ordinaria-jurisdicción militar) y la **falta de competencia** (objetiva, funcional o territorial) del órgano jurisdiccional ( TS auto 24-11-05, EDJ 188916 ; 20-12-07, EDJ 243101 ; 29-12-08, EDJ 272915 ).

#### 2. Cosa juzgada

6468 La cosa juzgada material en el proceso penal se caracteriza por lo siguiente:

1. La única **eficacia** que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la **preclusiva** o **negativa**: no se puede juzgar a una misma persona dos veces por el mismo hecho punible.

2. Para poder apreciar la existencia de la **excepción de cosa juzgada** se exige:

a) Identidad subjetiva entre las personas que figurasen como «inculpadados» en el proceso precedente y en el posterior.

b) Identidad objetiva del «hecho sometido a enjuiciamiento».

c) Identidad de acción, *causa pretendi*, por ser idéntica la razón de pedir entre la resolución firme ya pronunciada y la que se pretende conseguir en orden al hecho nuevo enjuiciado. Se trata de *eadem causa petendi*, entendida no en abstracto como *ius perseguendi*, sino en concreto, por ser idéntica la razón de pedir entre la resolución ya firme y la que se pretende conseguir en orden al hecho enjuiciado de nuevo.

d) Solo producen **eficacia de cosa juzgada material** las sentencias y los autos de sobreseimiento libre que hayan adquirido firmeza, y siempre que dichas resoluciones hayan sido dictadas por el órgano jurisdiccional competente.

e) En el proceso penal la cosa juzgada no solo se puede plantear, en cuanto excepción procesal, como artículo de previo pronunciamiento, sino también como **medio de defensa en el juicio oral** ( TS 13-10-03, EDJ 146613 ; 2-1-05, EDJ 4959 ).

#### 3. Prescripción del delito

**6470** El **plazo** de prescripción de los delitos, como causa que extingue la responsabilidad penal ( CP art.130.1.6º ), viene determinado por el Código Penal ( CP art.131.1.º ) en función de las penas atribuidas a los delitos pero debemos recordar que este instituto opera en relación a la **pena en abstracto que corresponde al delito**, no a la pena en concreto que pueda corresponderle a la persona enjuiciada, pero con dos matizaciones:

La **primera** se refiere a que el concepto de pena en abstracto debe relacionarse necesariamente con los grados de ejecución o título de participación concreta que se den en el supuesto enjuiciado, y por tanto, con apartamiento del tipo penal genéricamente descrito.

La **segunda** matización se refiere a que la pena en abstracto, así delimitada debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que pueda serle impuesta legalmente.

#### **6472** Cómputo del plazo de prescripción

En cuanto al cómputo del plazo de prescripción, cabe destacar lo siguiente:

a) El plazo de prescripción hay que contarlo desde el día en que se comete el delito hasta que se dirige el procedimiento contra una persona, desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte **resolución judicial motivada** en la que se le atribuya su **presunta participación** en un hecho que pueda ser constitutivo de delito ( CP art.132.2.1 ).

En este sentido, la TCo 63/2005 , sobre el **comienzo de la interrupción de la prescripción** que se necesita no solo actos de parte como una denuncia o querrela sino también actividad judicial. En contra de la doctrina del Tribunal Constitucional, el TS 26-10-06, EDJ 299594 ; 2-2-04, EDJ 8293 o del Acuerdo de la Sala Segunda de 25-4-06, así como la FGE Instr 5/2005 sobre interrupción de la prescripción que se hizo eco de esta contradicción jurisprudencial y que insta a los fiscales a presentar cuanto antes las **denuncias y querellas** con el fin de evitar la prescripción del delito.)

b) En los casos de **delito continuado, delito permanente**, así como en las infracciones que exijan **habitualidad**, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

c) La **prescripción se interrumpe**, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena ( CP art.132.2 ).

d) El tiempo en que el **procedimiento está paralizado** es computable a efectos de prescripción, tanto si dicha paralización ha sido provocada por la inacción de las partes, como del órgano jurisdiccional.

e) Se han de **excluir del cómputo** los lapsos anteriores a la fecha de interrupción.

f) Únicamente cuando los **actos procesales** están dotados de **auténtico contenido material**, puede entenderse interrumpida la prescripción.

El cómputo de la prescripción no se interrumpe por la realización de **diligencias inocuas**, sin contenido sustancial o que no afecten al procedimiento.

#### **6474** Tratamiento procesal de la prescripción

Señala el Tribunal Supremo, que la prescripción, formalmente, debe ser alegada a través de un artículo de previo pronunciamiento ( LECr art.666 ), sin embargo, debido a su naturaleza sustantiva, puede, por tratarse de una **cuestión de orden público**, ser apreciada de oficio o incluso alegada informalmente o intemporalmente en cualquier estado del procedimiento por alguna de las partes interesadas en concluir la situación de pendencia. Pero para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los **artículos de previo pronunciamiento**, es necesario que la cuestión aparezca tan clara que de modo evidente y sin dejar duda al respecto, puede afirmarse que, **sin necesidad de la celebración del juicio oral**, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la Ley ( Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 29-4-97 ; TS 15-5-02, EDJ 22308 ; 8-6-07, EDJ 68144 ; 14-7-08, EDJ 128051 ).

### **4. Amnistía e indulto**

(LECr art.666.4º; CP art.130.1.4º)

---

**6476** El precepto de referencia de la LECr recoge esta causa de extinción de la responsabilidad criminal. En la actualidad solo existe el indulto. Por tanto en este supuesto debe entenderse eliminada la amnistía. El indulto tendrá **poca virtualidad en la práctica** pues para ser indultado se ha de haber sido previamente condenado, por lo que sobre

los hechos que pretendan ser enjuiciados de nuevo recaerá el efecto de cosa juzgada, que es lo que procede alegar en estos casos.

## 5. Falta de autorización administrativa

(LECr art.666.5°)

6478 Se trata de la falta de autorización administrativa para proceder en los **casos en que sea necesaria**, con arreglo a la Constitución y a las leyes especiales

Este supuesto es aplicable en caso de proceder **contra diputado o senador**. Durante el período de su mandato, los diputados y senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva ( Const art.71.2 ). Se establece, por tanto, como **presupuesto de procedibilidad**, la obtención del llamado suplicatorio ( TS auto 9-3-98, Causa Especial núm 2530/95 )

## 6. Otros supuestos

6480 La enumeración de la LECr art.666 **no es «numerus clausus»**. A estos supuestos se deben añadir otros introducidos por la jurisprudencia que implican cualquier **incidente atípico** de matiz procesal penal, pero la propia jurisprudencia delimita supuestos en los que no se puede amparar los artículos de previo pronunciamiento como la **ilicitud de las pruebas** ( TS 15-4-00, EDJ 10365 ). En cualquier caso, nunca deben ser usados con efectos dilatorios ( TS 28-4-10, EDJ 62074 ).

6482 **Procedimiento penal abreviado**

(LECr art.786.2)

En el procedimiento penal abreviado se alegarán los artículos de previo pronunciamiento al inicio de la fase del juicio oral en el llamado **turno de intervenciones** ( TS 30-4-08, EDJ 82767 ).

### Precisiones

Conviene hacer las siguientes apreciaciones jurisprudenciales respecto de este turno:

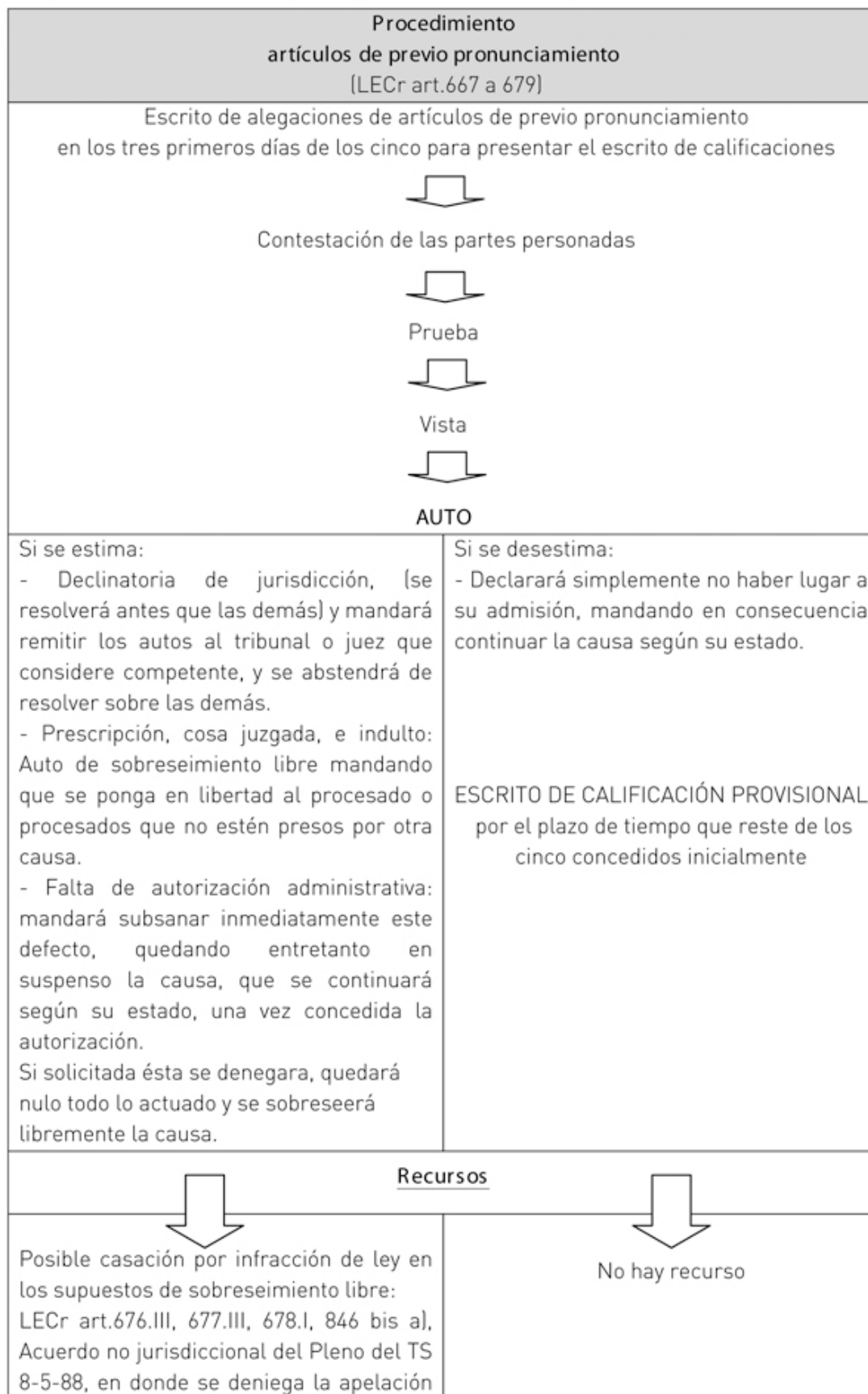
**1)** En cuanto a la **forma** que debe adoptar la resolución y los **recursos** que caben contra la misma, no es equiparable al proceso ordinario pues, reitera este criterio jurisprudencial aclaratorio de que contra estas resoluciones no puede interponerse recurso autónomo de casación, señalando que el **debate preliminar** que introdujo el procedimiento abreviado tiene una naturaleza semejante, aunque no idéntica, a la de los artículos de previo pronunciamiento, pero dotado de una amplitud de posibilidades que van desde la vulneración de derechos fundamentales hasta cuestiones de competencia. La **decisión** que se adopte **no** tiene por qué constar necesariamente en **forma de auto**, pudiendo revestir la forma de un simple acuerdo debidamente documentado en las actuaciones. Pero, en todo caso, el contenido de esta decisión no puede desgajarse de la sentencia que definitivamente se dicte, ya que no nos encontramos ante compartimentos estancos que eviten la debida comunicación entre ambas decisiones. Pero la **ausencia de motivación** en la sentencia definitiva la vicia de incongruencia ( TS 24-3-00, EDJ 3735 ).

**2)** En cuanto a la **vulneración de derechos fundamentales** no debe reputarse obligatorio plantearlas en ese momento procesal del turno de intervenciones pues cabe dejarlo para su formulación en conclusiones definitivas, lo mismo que habría de hacerse en el procedimiento ordinario en el que no existe esta posibilidad de plantear cuestiones o hacer alegaciones al inicio del juicio oral ( TS 20-6-03, EDJ 49557 ).

## 7. Procedimiento para plantear los artículos de previo pronunciamiento

6485 Es el siguiente:





## B. Calificación provisional

6490	1.	Contenido del escrito	6498
	2.	Procedimiento	6510

6495 Tras decretarse la apertura del juicio oral, el tribunal mandará que se **comunique la causa** a las partes acusadoras para que formulen su acusación y posteriormente a los acusados para que puedan ejercitar su derecho de defensa y oponerse a la acusación. Tales actuaciones se llevan a cabo a través de los llamados **escritos de calificación**.

De todos los elementos que lo componen, dos van a destacar por su eficacia delimitadora del objeto del proceso, y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia. Por un lado, y es el elemento fundamental el **hecho por el que se acusa**, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa. El otro elemento vinculante para el tribunal es la **calificación jurídica** hecha por la acusación ( TS 7-12-96, EDJ 8623 ).

En el **procedimiento penal abreviado** se denominan escritos de acusación y defensa y se presentan en diferente momento del juicio ordinario. Así el escrito de acusación se presenta en la fase de preparación del juicio oral junto con la solicitud de apertura del juicio oral y, por tanto, ante el juez de instrucción, mientras que el escrito de defensa se presenta una vez dictado auto de apertura de juicio oral. La parte encausada es emplazada por 10 días para emitir su escrito de defensa, que deberá formular de forma correlativa a la del escrito de acusación y en el que igualmente propondrá su prueba o solicitará prueba anticipada ( LECr art.784.1 ).

### 1. Contenido del escrito

6498 El escrito ha de contener:

- la pretensión punitiva (nº 6500 );
- la pretensión de resarcimiento (nº 6502 );
- la calificación alternativa (nº 6504 ); y
- la proposición de pruebas (nº 6506 ).

6500 **Pretensión punitiva**

(LECr art.650 y 781.1)

En ella deben especificarse:

- los hechos punibles que resulten del sumario;
- la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan;
- la participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueran varios;
- los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal; y
- las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueran varios, por razón de su respectiva participación en el delito.

#### Precisiones

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios concluyó que: «El tribunal sentenciador **no** puede imponer **pena superior a la más grave de las pedidas** en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa» ( Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 20-12-06, EDJ 353057 ). Han de incluirse también **otras consecuencias jurídicas** del delito que no pueden apreciarse de oficio como las consecuencias accesorias del delito ( TS 15-9-03, EDJ 97989 ) y el destino de los efectos o instrumentos intervenidos ( LECr art.781.1 ).

6502 **Pretensión de resarcimiento**

(LECr art.650 a 652 y 781.1)

El acusador privado en su caso, y el Ministerio Fiscal cuando sostenga la **acción civil**, expresarán además:

- la **cantidad** en que aprecien los **daños y perjuicios** causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida; y
- la **persona o personas** que aparezcan **responsables** de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

#### 6504 Calificación alternativa

(LECr art.653)

Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación **dos o más conclusiones** en forma alternativa, para que si no resultara del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia. **No** incluye la **introducción de hechos alternativos** a los que constituyen el objeto principal de la acusación ( TS 15-9-03, EDJ 97989 ; 11-3-04, EDJ 13196 ; 19-6-07, EDJ 70172 ).

#### 6506 Proposición de pruebas

(LECr art.656 s. y 781.1)

Además, manifestarán en sus respectivos **escritos de calificación**, las pruebas de que intenten valerse, presentando **listas de peritos y testigos** que hayan de declarar a su instancia. En las listas de peritos y testigos se expresarán sus nombres y apellidos, el apodo, si por él fueran conocidos, y su domicilio o residencia; manifestando además la parte que los presente si los peritos y testigos han de ser citados judicialmente o si se encarga de hacerles concurrir.

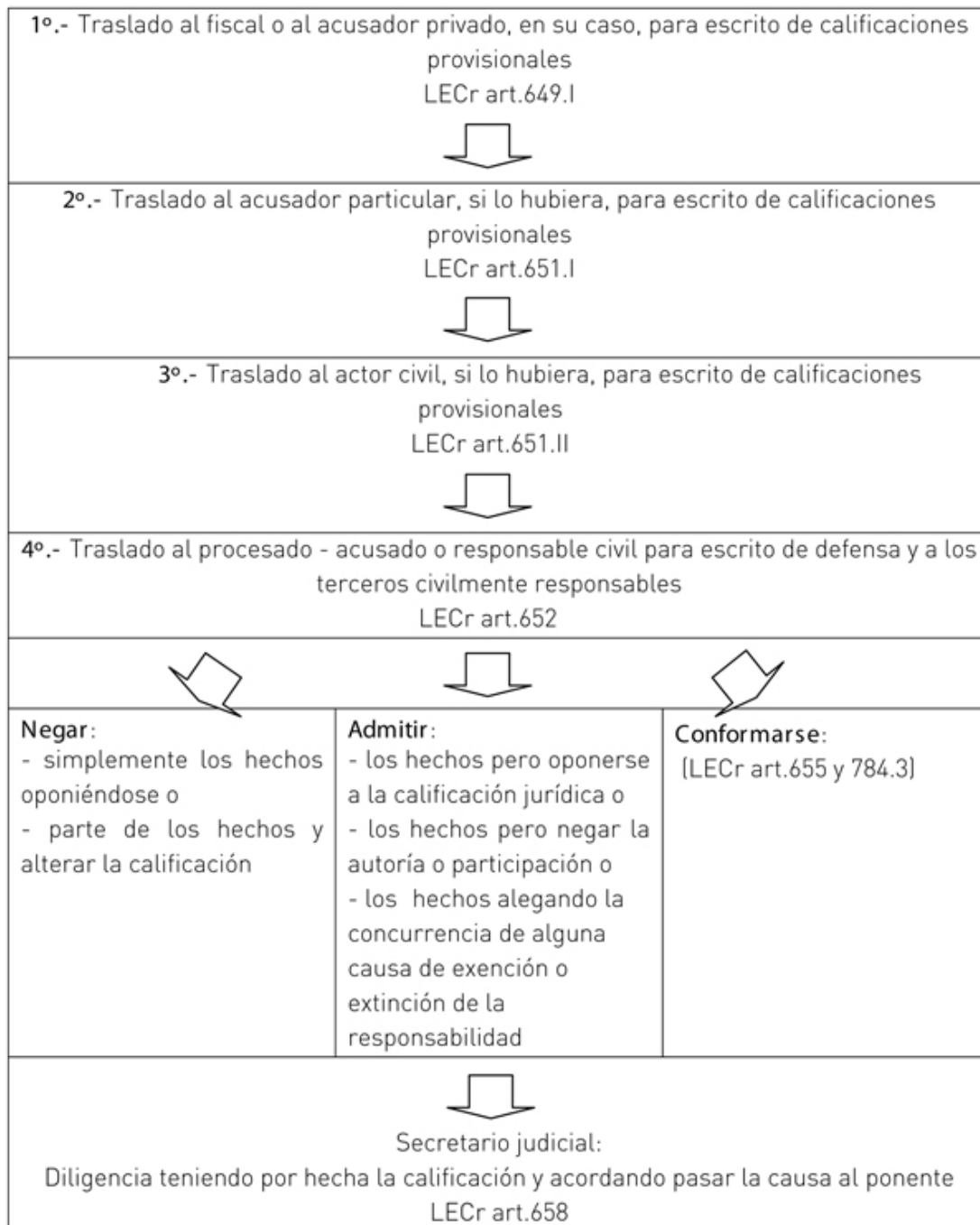
No tiene por qué contener la solicitud del **pronunciamiento en costas**, lo cual no quiere decir como la LECr art.239 exige que «en las sentencias que pongan término a la causa deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales» aunque no hayan formado parte del objeto del juicio ( TS 16-12-04, Rec 1059/04 ).

#### 2. Procedimiento

(LECr art.649 , 651 y 652 )

---

6510 Se da **traslado** por 5 días a cada una de las partes acusadoras de manera sucesiva.



### 3. Conformidad

6512 El acusado puede mostrar su **conformidad** con la pretensión acusatoria ( LECr art.655 y 784.3 ), lo que dará lugar a la **no celebración del juicio** y a que se dicte de modo inmediato sentencia. La posibilidad de conformidad del acusado en el proceso penal está prevista en cuanto al **procedimiento** denominado **ordinario** en dos momentos procesales: en el de **calificación provisional** ( LECr art.655 ) y al **inicio del juicio oral** ( LECr art.688 s. ).

En el llamado **procedimiento abreviado** es posible la conformidad en el escrito de defensa y también cabe antes de practicarse la prueba, la acusación y la defensa con la conformidad del acusado puedan pedir al juez o tribunal que dicte sentencia de acuerdo con la acusación de mayor gravedad ( LECr art.787 ). La *ratio legis* de tal instituto se encuentra en la **oportunidad** y **economía procesal** tendentes a evitar la fase costosa y dilatoria del juicio oral ( TS 27-11-00, EDJ 41136 ) y produce el efecto propio de una confesión.

#### 6514 Requisitos

Para que proceda la conformidad es necesario:

a) **Control previo judicial de la legalidad** de la conformidad. El tribunal de instancia, puede rechazar la conformidad por absoluta incorrección formal y legal de la calificación sometida a conformidad y continuar el juicio ( TS 1-6-07, EDJ 100823 ).

b) **Limitación objetiva**: No puede exceder de la calificación inicial ( LECr art.787.1 ). El límite es de 6 años solo para las penas privativas de libertad, pudiendo ocurrir en el proceso ordinario por delitos graves, por entender que la pena no es en abstracto sino por la aplicación concurrente de circunstancias atenuantes o eximentes incompletas ( FGE Circ 1/2003 ).

c) El **consentimiento** del acusado tiene que ser **libre y consciente**, en caso contrario si hay dudas se seguirá el juicio ( LECr art.787.4 ) debiendo extremarse las precauciones cuando el concurren circunstancias limitativas de la capacidad intelectual para comprender y discernir ( TS auto 1-3-07, Rec 10835/06 ).

d) Asistencia del **letrado y voluntad** concorde con el acusado ( LECr art.655 , 694 , 784.3 y 787.1 y 4 ).

#### 6516 Conformidad beneficiada

Se trata de la conformidad especial de la LECr art.801 operativa en el **servicio de guardia** del juzgado de instrucción después de pronunciado el auto de incoación de procedimiento para enjuiciamiento rápido ( LECr art.798.2.1º ) y a los delitos, incluidos en el ámbito del **enjuiciamiento rápido**, que se tramiten mediante procedimiento abreviado, siendo posible en fase de instrucción de **diligencias previas** con anterioridad al pronunciamiento del auto de **transformación a procedimiento abreviado** a tenor de lo previsto en la LECr art.779.1.5ª .

Los **presupuestos** son:

- la gravedad abstracta del delito;
- la acusación debe referirse a hechos delictivos que tengan asignada en la Ley una pena de prisión no superior a los 3 años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o pena de distinta naturaleza de duración no superior a 10 años; y
- la extensión concreta de la pena solicitada por la acusación, de modo que la pena o la suma de las penas solicitadas, tratándose de pena privativa de libertad, no supere, reducida en un tercio, los 2 años de prisión.

El **efecto inmediato** de la conformidad privilegiada, una vez homologada por el juez de instrucción en ejercicio de la función de control de su adecuación legal que le atribuye la LECr art.787 , es el pronunciamiento de una sentencia por el mismo juez en la que se reducen en un tercio las penas solicitadas por la acusación, tanto las privativas de libertad como las de otra naturaleza.

#### 6518 Impugnabilidad

Las sentencias por conformidad **no** admiten la **impugnación casacional** sobre la base de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una **renuncia implícita** a replantear ante el tribunal de casación las cuestiones fácticas y jurídicas que se han aceptado, en el que juegan también otros principios, como el de que nadie puede ir contra sus propios actos y el de **seguridad jurídica**, que quebraría si el pacto existente entre acusación y defensa fuera desnaturalizado en la sentencia, además de la necesidad de evitar fraudes que pudieran producirse si alcanzando un acuerdo, para el que la acusación ha podido rebajar la exigencia de responsabilidad penal, se replantea desde la defensa en otra instancia una revisión de lo acordado sin posibilidad por la acusación de discutir otros hechos y la calificación conformada. Del principio general, la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en casación, se **excepciona** lógicamente, aquellos supuestos en los que la conformidad ha sido dictada sin las exigencias previstas en la ley para la misma ( TS 6-3-00, EDJ 1097 ; 10-12-09, EDJ 307442 ; 22-3-10, EDJ 37682 ). Son **recurribles** las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, si bien el acusado no puede impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada).

### C. Trámites hasta la celebración del juicio oral

6525 Los trámites a seguir son los siguientes:

- admisión de la prueba;
- señalamiento del inicio de las sesiones del juicio oral;
- citaciones de los testigos, peritos y acusados;
- traslado de las piezas de convicción;
- recusación de peritos; y
- prueba anticipada.

#### 6526 Admisión de la prueba

El tribunal examinará las pruebas propuestas, e inmediatamente dictará **auto** admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás. Contra el auto admitiendo las pruebas **no** procederá **recurso** alguno, sin embargo contra el que rechace o deniegue la práctica de las diligencias de prueba podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para poder evaluar si la **denegación de un medio de prueba** es contrario a derecho: entre los **formales**, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la **resolución** del tribunal, que debe ser **fundada**, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la **reproducción de su petición** en las condiciones exigidas por la LECr art.785.1 y 786.2 en su redacción actualmente vigente (anteriores LECr art.792.1 y 793.2 ), cuando se trate de **procedimiento abreviado**. En tercer lugar, que conste la eventual **trascendencia de la prueba** respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como **requisitos materiales**, la prueba ha de ser **pertinente**, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometida debate en el mismo; ha de ser **relevante**, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, ha de ser **necesaria**, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser **posible**, en atención a las circunstancias que rodean su práctica ( TCo 154/2011 ; 59/2010 ; 211/2009 ; 156/2008 y 717/2007 ).

Sin necesidad de ser propuestas, en el **proceso ordinario por delitos graves** el tribunal puede practicar de oficio las pruebas previstas en la LECr art.729 (careos de los testigos entre sí o con el procesado; las que considere necesarias para la comprobación de los hechos objeto de calificación; las que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo). El tribunal ejercita una **facultad ordinaria de resolución** que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la LECr vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de justicia. Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los **principios de igualdad y contradicción** y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación ( TS 23-6-11, EDJ 131036 ; 23-10-12, EDJ 248657 ).

## 6528 Otros trámites

Admitida la prueba a trámite, las siguientes **fases** son:

a) Señalamiento del inicio de las sesiones del juicio oral ( LOPJ art.250 ).

b) Citaciones de los testigos, peritos y acusados ( LECr art.660 , 661 , 664 ).

c) Traslado de las piezas de convicción ( LECr art.688.1 ).

d) Recusación de peritos ( LECr art.662 y 663 en relación con LECr art.468 y 469 ). Los peritos podrán ser recusados por las **causas** y en la **forma** prescrita en la LECr art.468 y 469 . Se hará dentro de los 3 días siguientes al de la entrega al recusante de la lista que contenga el nombre del recusado. Si el **perito no es recusado** en dicho plazo no podrá serlo después, a no ser que incurriera con posterioridad en alguna de las causas de recusación. Se trata de un **plazo preclusivo** ( TS 6-11-00, EDJ 32433 ). Esta normativa ordinaria de recusación de los peritos propuestos para el acto del juicio oral es aplicable al **procedimiento abreviado**, al no contener este reglas especiales que regulen la recusación de peritos.

6530 e) Prueba anticipada. Antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, puede practicarse, excepcionalmente, **prueba anticipada**: las partes podrán pedir en sus **escritos de calificación** la práctica anticipada de aquellas diligencias de prueba que, por cualquier causa, fuera de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión. Se predica más de la **prueba testifical** ( LECr art.448 , 772.2 y 797.2 ) y en menor medida de la **pericial** ( LECr art.467 , 471 y 476 ). Tales pruebas se han de practicar conforme a las **garantías** que rigen la **práctica de la prueba en el juicio oral**, es decir, publicidad, oralidad, intermediación y contradicción.

### Precisiones

Los **supuestos generales** son en caso de testigos que deban ausentarse del territorio nacional, y en los supuestos que hubiera motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual. **Otros supuestos especiales** en que procede la anticipación de prueba son: los testigos que carecen de domicilio conocido o se hallan

en ignorado paradero ( TS 15-1-04, EDJ 6335 ; 22-6-04, EDJ 33607 ); los testigos que residan ilegalmente en España en el momento en que se solicita ( TS 28-9-05, EDJ 152980 ; 17-1-07, EDJ 5392 ); cuando el testigo resida en el extranjero y su citación sea imposible ( TS 14-3-03, EDJ 4267 ; 22-9-05, EDJ 152989 ); el estado de nerviosismo acreditado por médico forense que provoca la imposibilidad de declarar en el acto del juicio ( TS 20-10-01, EDJ 40512 ; 8-3-05, EDJ 406666 ).

### III. Suspensión del juicio oral

(LECr art.744 a 749 )

6540	A. Causas	6542
	B. Auto, plazos y recursos	6550
6541	Para un <b>estudio detallado</b> de la suspensión del juicio oral, ver nº 2555 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.	

#### A. Causas

6542 Como regla general, la suspensión del juicio oral está íntimamente ligada al derecho a usar los **medios de prueba pertinentes para la defensa**, por ello la exigencia previa de que la prueba haya sido valorada y admitida como pertinente para que pueda producirse esta suspensión. El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que la Const art.24.2 no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de **prueba** propuestos, sino solo aquellas que, **propuestas en tiempo y forma**, sean lícitas y pertinentes ( TCo 70/2002 ). Por ello, el motivo podía prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su práctica, se haya denegado injustificadamente, y cuando la **falta de práctica de la prueba propuesta** haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito ( TCo 50/1988 ; 357/1993 ; 131/1995 ; 1/1996 ; 37/2000 ; TS 30-9-05, EDJ 157529 ).

#### 6544 Falta de preparación de la prueba ofrecida

(LECr art.745 y 788.1)

En el proceso ordinario se suspende cuando las partes, por **motivos independientes de su voluntad**, no tuvieran preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos.

En el **procedimiento penal abreviado**, provocará la suspensión la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos.

#### 6546 Incomparecencia de testigos y peritos

(LECr art.718 y 746.3º)

Esta regla ha de hacerse extensiva a los peritos ( TS 26-10-01, EDJ 43229 ; 15-3-00, EDJ 6117 ). Dada la remisión a la LECr art.746 , que siendo el **motivo de suspensión** la necesidad de que declaren testigos o peritos que no comparecieron en un primer o quizás en un segundo llamamiento al juicio, la suspensión estaría plenamente justificada, dado el derecho de las partes procesales a usar los medios de prueba pertinentes y a un proceso justo, sin producir indefensión ( TS 6-6-02, EDJ 20183 ).

#### 6548 Otras causas

Entre ellas se enumeran, con la misma categoría que las anteriores:

a) **Enfermedad repentina o incomparecencia de los defensores de las partes** ( LECr art.746.4º ). En estos supuestos debe concurrir que no puedan ser reemplazados sin grave inconveniente para la defensa del interesado. También se entiende aplicable al fiscal.

b) **Incomparecencia de algún acusado en caso de pluralidad** ( LECr art.746 y 786.1 ). No se suspenderá el juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el tribunal estimara, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del juicio las razones de la decisión, que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia.

c) **Revelaciones** o retractaciones **inesperadas** ( LECr art.746.6º ).

d) **Alteración de la tipificación de los hechos** ( LECr art.788.4º ). Para el procedimiento penal abreviado, aunque la norma se extiende al enjuiciamiento rápido de delitos y puede ser aplicada por analogía a otros procesos como en otros momentos procesales por lo que supone de garantía al derecho de defensa frente a acusaciones sorpresivas o a la asunción por la acusación de la tesis de la desvinculación del tribunal ( TS 18-2-05, EDJ 23861 ).

## B. Auto, plazos y recursos

6550 La **resolución** en que se fije la suspensión del juicio adoptará la forma de auto y contra estos autos no se dará recurso alguno. Solo cabe controlar las decisiones de suspensión a través de la impugnación de la sentencia. Respecto de los **autos que denieguen la suspensión del juicio** solicitada a instancia de parte será motivo de recurso de casación contra la sentencia bien por quebrantamiento de forma ( LECr art.850.1º.2º y 5º ) o por infracción de precepto constitucional ( LECr art.852 ).

En los autos de suspensión que se dicten se fijará el **tiempo de la suspensión**, si fuera posible, y se determinará lo que corresponda para la continuación del juicio. Cuando haya de **prolongarse indefinidamente la suspensión** del juicio, o por un tiempo demasiado largo, se declarará sin efecto la parte del juicio celebrada. El letrado de la Administración de Justicia señalará **día para nuevo juicio** cuando desaparezca la causa de la suspensión o puedan ser reemplazadas las personas reemplazables ( LECr art.748 y 749 ).

En el **proceso penal abreviado** el plazo de suspensión se establece en 30 días que se reduce a 15 en el enjuiciamiento rápido y a 7 en el juicio por delitos leves ( LECr art.788.1, 802.2 y 967 ). En cuanto si ha de ser una **única suspensión o varias** y su plazo, el Tribunal Supremo tiene declarado que el **aplazamiento del juicio** hasta el límite máximo de 30 días, según lo dispuesto en la LECr, no explica y por tanto no prohíbe que los aplazamientos pudieran ser varios, siempre que cada uno de ellos no exceda de 30 días ( TS 6-6-02, EDJ 20183 ).

## IV. Vista

6560	A. Inicio del acto de la vista	6562
	B. Desarrollo	6570
	C. Conclusión del acto	6612
	D. Documentación del acto	6615

### A. Inicio del acto de la vista

6562 La vista dará comienzo con la **dación de cuenta** del hecho que haya motivado la formación del sumario y del día en que este se comenzó a instruir, expresando además si el procesado está en **prisión** o en **libertad provisional**, con o sin fianza. A continuación, se dará lectura a los escritos de calificación y a las listas de peritos y testigos que se hubiesen presentado oportunamente, haciendo relación de las pruebas propuestas y admitidas ( LECr art.701 ).

### 6564 Publicidad de las sesiones

La vista será pública como regla general. Es una garantía reconocida como presupuesto de validez, que los **debates del juicio oral** se desarrollen públicamente con las excepciones que en ellos se prevén ( Const art.24.2 ). Cabe excepcionalmente, se acuerde la celebración de las sesiones a puerta cerrada aunque no a la contradicción pues la restricción no afecta, sin perjuicio de lo dispuesto en LEC art.707 , al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores, sin embargo, el juez o el presidente del tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. ( LECr art.680 a 682 ).

Para acordarse la celebración de las sesiones a **puerta cerrada** hay que considerar que:

- Puede hacerse **de oficio** o **a instancia de** cualquiera de las **partes** previa audiencia a las mismas.
- Habrà de fundarse en **razones de seguridad u orden público**, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso.
- La **efectividad del acuerdo de desalojo** es inmediata, pudiéndose recabar ayuda de la fuerza pública siendo preciso. Tal comunicación no alcanza a la partes ni a sus defensores, aun cuando veremos el acusado podría ser expulsado de la Sala si su conducta lo hiciera necesario para guardar el debido orden.

6565 También pueden acordarse **otras medidas**:

1. Medidas específicas para la **protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares** que prohíben:

**a)** La divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección.



b) La obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares.

c) La divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

**2. Medidas restrictivas relativas a los medios de comunicación.** El juez o tribunal, previa audiencia de las partes, puede restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso.

A estos efectos, **puede prohibirse:**

a) La **grabación de sonido o imagen** en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas.

b) La **toma y difusión de imágenes** de alguna o algunas de las personas que en él intervengan.

c) Que se facilite la **identidad** de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.

#### 6566 Celebración mediante videoconferencia

(LOPJ art.229.3; LECr art.731 bis)

La modalidad de declaración mediante videoconferencia se encuentra recogida con la finalidad de verificar a la **mayor celeridad** la celebración de las **vistas orales**. Así, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, o en los casos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como **testigo**, **perito** o en otra condición resulte gravosa, especialmente cuando se trate de un **menor**. El tribunal, de oficio o a instancia de parte podrá disponer que su actuación se realice por videoconferencia u otro sistema similar que permita la **comunicación bidireccional** y simultánea de imagen y sonido.

No se quiebra el **principio de inmediación y contradicción**, por el sistema de videoconferencia, cuya transmisión se efectúa en tiempo real, por ello no se puede estimar que implique una vulneración de tales derechos ni del derecho de los inculpados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el fiscal. Las **declaraciones de testigos** son percibidas directamente por los miembros del tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de asegurar y garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y **transmita de forma simultánea la imagen y sonido** ( TS 22-10-12, EDJ 227048 ).

Como complemento de lo anterior, es posible que el testigo no acuda a la sede judicial y antes de usar la videoconferencia aplicar la **normativa comunitaria**, así en el Convenio sobre asistencia judicial entre los Estados Miembros de la Unión Europea, celebrado por el Consejo de conformidad con el Tratado de la Unión Europea art.34 (DOC 197 de 12-7-00), que tiene por finalidad completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea, entre otros, del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, de 20-4-1959, y del Protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial, de 17-3-1978, se regula con todo detalle, en su art.10, la posibilidad de oír en comparecencia a un **testigo mediante comparecencia**, siempre que no sea «oportuno o posible», que comparezca personalmente en territorio del Estado requirente, y de conformidad con lo regulado en los apartados 2 al 8 de tal precepto.

Incluso se prevé el uso de videoconferencia no solo con testigos sino también con **acusados** cuando lo exijan **razones de seguridad** derivadas de la extrema peligrosidad de los acusados que hagan desaconsejable su traslado o cuando, por las circunstancias externas, las sesiones pudieran verse seriamente alteradas por concentraciones masivas de personas en los alrededores de la sede del tribunal ( TS 10-10-08, EDJ 197219 ).

#### 6568 Policía de sala

(LOPJ art.190 a 195 y 552 a 557 )

El desarrollo de la vista exige que la **conducta** de quienes intervienen en ella sea **correcta** por respeto al tribunal y los presentes e impedir que se altere la serenidad de ánimo que exige el desarrollo de la función jurisdiccional por lo que se regulan las facultades necesarias para que ello se produzca a través de las **medidas de corrección**, las sanciones o la posibilidad de expulsión de la sala, junto con la potestad disciplinaria de los jueces sobre los abogados.

## B. Desarrollo de la vista

6570	1.	Práctica de las pruebas	6572
	2.	Calificaciones definitivas	6602
	3.	Planteamiento de la tesis de la desvinculación	6605
	4.	Informes	6610

### Precisiones

Para un **estudio detallado** del desarrollo del juicio oral, ver nº 2590 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.

#### 1. Práctica de las pruebas

6572	a.	Medios de prueba	6574
	b.	Prueba indiciaria	6588
	c.	Prueba ilícita	6592
	d.	Procedimiento probatorio	6600

#### a. Medios de prueba

(LECr art.688 a 706 , 707 , 708 , 709 , 710 a 729 , 730 y 731 )

6574 Se expone a continuación el desarrollo de la fase de instrucción con sus correlativas diligencias.

- Declaración del acusado (nº 6576 ).
- Prueba testifical (nº 6578 ).
- Careo (nº 6580 ).
- Prueba pericial (nº 6582 ).
- Prueba documental (nº 6584 ).
- Inspección ocular (nº 6586 ).

#### 6576 Declaración del acusado

(LECr art.688 a 700 y 786 bis )

Si **no** procede dictar **sentencia de conformidad**, es la declaración o interrogatorio del acusado la primera prueba a practicar. El **interrogatorio** deberá comenzar preguntándole al acusado, no si se confiesa reo del delito que se le imputa ( LECr art.688 ), sino simplemente **si quiere declarar** (informándole de su derecho a no declarar) y, además, en caso afirmativo, podrá dejar de contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, sin que el juzgador pueda extraer de dicha actitud ningún efecto. Por lo demás, el interrogatorio será **directo, formulando las preguntas**, primero el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, a continuación la defensa y, por último, si lo considera conveniente, el propio órgano judicial.

En el **procedimiento penal abreviado** se prevé que cuando el acusado sea una **persona jurídica**, esta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. **No** se podrá designar a estos efectos a quien haya de **declarar en el juicio como testigo**. La **incomparecencia** de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del abogado y el procurador de esta.

#### 6578 Prueba testifical

(LECr art.701 a 706 , 707 , 708 , 709 y 710 a 722 )

Los testigos tendrán la **obligación comparecer y declarar** durante la celebración del juicio oral lo que supieran sobre lo que les fuese preguntado. Al deber de declarar se le aplica, particularmente en lo referente a sus **excepciones** lo

dicho en la fase instrucción al respecto LECr art.410 s. El testigo que **incumpla el deber de declarar** ( LECr art.716 ) podrá ser sancionado con una multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto. Si persistiese en su negativa se procederá contra él por un delito de desobediencia grave a la autoridad ( CP art.556 ).

El **examen de los testigos** tendrá lugar en el orden establecido en los escritos correspondientes. Los testigos declararán en el lugar donde se celebre el juicio y hasta que sean llamados a declarar permanecerán aislados de los demás testigos que ya hubiesen declarado y de cualquier otra persona ( LECr art.704 ).

La declaración de los testigos **menores de edad o con discapacidad** necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.

La declaración comenzará con la **promesa o juramento de decir verdad** por los testigos mayores de 14 años ( LECr art.706 ). Proseguirá con las «preguntas generales de la ley» (nombre, edad, relación con el acusado u otras partes, etc.). A continuación, la parte que lo hubiera propuesto le formulará las preguntas que considere oportunas, también se podrá pedir que reconozca al acusado, que se someta a un careo con él ( LECr art.713 ) o que reconozca los objetos del cuerpo del delito ( LECr art.712 ). Tras el interrogatorio de la parte proponente del testigo las demás partes (en este orden: Ministerio Fiscal, partes acusadoras, defensa) formularán las **preguntas** que consideren **oportunas** y fueran pertinentes. Las preguntas habrá de ser **claras, concisas y concretas**, y el presidente del tribunal no permitirá que el testigo conteste a las preguntas formuladas de modo capcioso, sugestivo o impertinente (ajenas al proceso o que contengan valoraciones ajenas al conocimiento sensorial de los hechos).

Finalmente, el juez o el presidente del tribunal («a excitación de los miembros del tribunal») podrá dirigir al testigo las preguntas que considere necesarias o pertinentes para el mejor esclarecimiento de los hechos ( LECr art.708 ).

El testigo responderá a las preguntas formuladas expresando la **razón de su conocimiento** de los hechos (cómo, a través de qué medios, tiene conocimiento de los mismos; si es testigo indirecto, deberá precisar el origen de la noticia, identificando a la persona que puso en su conocimiento los hechos - LECr art.710 -).

Si existiera una **divergencia sustancial** entre las **declaraciones de los testigos en la fase de instrucción y en el juicio oral**, podrá solicitarse la lectura de la declaración sumarial ( LECr art.714 ). Una vez leída el juez o presidente del tribunal requerirá al testigo a explicar la causa de las diferencias o contradicciones entre ambas. En estos casos la jurisprudencia permite valorar cualquiera de las declaraciones del testigo, siempre que las realizadas en la fase de instrucción se hubiesen realizado con las debidas garantías y requisitos exigidos en la Ley.

Véase el valor del atestado como prueba testifical (nº 6045 ) y las pruebas anticipadas (nº 6530 ).

#### 6580 Careo (LECr art.713 , 728 y 729 )

Si bien, no podrán practicarse otras **diligencias de prueba** que las **propuestas por las partes**, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas, la LECr establece varias **excepciones**, entre ellas, los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre estos, que el presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

En los careos del **testigo con los procesados** o de los **testigos entre sí** no permitirá el presidente que medien insultos ni amenazas, limitándose la diligencia a dirigirse los careados los cargos y hacerse las observaciones que creyeran convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad. No se practicarán careos con testigos que sean **menores de edad** salvo que el juez o tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial ( LECr art.713 ).

#### 6582 Prueba pericial (LECr art.723 a 725 )

Se hace necesaria, como en los medios de prueba anteriores la aplicación supletoria de las normas reguladoras de las diligencias periciales en la instrucción ( LECr art.456 a 485 ).

Cabe la **recusación de los peritos** ( LECr art.723 ), por las causas previstas en la LECr art.468 (parentesco hasta el cuarto grado, interés en el proceso, amistad o enemista). La recusación debe plantearse tras ser propuesta la prueba en los escritos de calificaciones, y se resolverá a través de incidente que deberá ser resuelto tras la admisión de la prueba y con anterioridad a la apertura de las sesiones del juicio.

Normalmente el informe pericial que se realiza en el juicio responde a un **reconocimiento previo de los objetos** que hayan de ser objeto de la pericia (respecto de los cuales ya se ha formulado el correspondiente informe en la

fase de instrucción), concretándose en el juicio en la **ratificación del perito** en su informe y en el sometimiento a las **preguntas de las partes**.

Por ello los peritos contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les formulen. En primer lugar formulará las preguntas la parte que haya propuesto al perito y posteriormente las demás partes.

Los peritos serán **examinados juntos** si debieran declarar sobre los mismos hechos (lo que supone una excepción al orden de práctica de las pruebas).

Si las partes pretenden el **reexamen del material sometido a informe pericial**, deberán solicitar en los escritos de calificación que se incorpore al juicio oral. En este caso se producirá de nuevo el reconocimiento por el perito, y será preguntado en presencia de la cosa objeto de pericia.

#### 6584 Prueba documental (LECr art.726)

Los documentos relativos a los hechos, como **parte integrante de las piezas de convicción**, se colocarán en la sala al inicio de las sesiones del juicio y serán examinados por el juez o tribunal, por sí mismos.

Ese precepto es el único en el que se hace alusión a este medio de prueba, por lo que la realización de la prueba documental ha sido configurada progresivamente por la jurisprudencia.

Así se ha establecido que las partes deberán **señalar los documentos** de los que pretendan valerse **con anterioridad al juicio**. Por lo que parece que la posibilidad de **aportar nuevos documentos** precluye con los escritos de calificaciones, a los que se deberán incorporar los documentos, so pena de causar indefensión (particularmente esto se ha señalado en los supuestos de documentos aportados por las partes acusadoras). Además es necesario someter siempre a **contradicción** en el juicio oral los documentos presentados.

#### 6586 Inspección ocular (LECr art.727)

La práctica de esta prueba, también llamada **reconocimiento judicial**, en el juicio oral tiene carácter excepcional. Se constituirá en él el tribunal con las partes, y el letrado de la Administración de Justicia extenderá diligencia expresiva del **lugar o cosa inspeccionada**, haciendo constar en ella las observaciones de las partes y demás incidentes que ocurran.

Se remite para su **práctica** a la regulación de la LECr art.326 a 333 , en la fase de instrucción.

#### b. Prueba indiciaria

6588 La prueba indiciaria o circunstancial, es aquella que demuestra la **certeza de unos hechos** (o indicios), que **no** son los **constitutivos del delito perseguido**, pero de los que se puede inferir este, así como la participación del acusado. Tal certeza se obtiene por la **existencia racional de un nexo causal** y lógico entre los hechos probados o indicios y los que se pretende probar o constitutivos.

#### 6590 Requisitos para ser considerada como prueba de cargo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido elaborando una serie de requisitos que debe cumplir la prueba indiciaria para que pueda ser considerada como prueba de cargo:

- a) Que los **indicios** estén **plenamente acreditados** con prueba directa ( TS 21-5-01, EDJ 11767 ).
- b) Que además sean **plurales**, o **excepcionalmente** sea **único pero de una singular potencia acreditativa**; sean concomitantes al hecho que se trate probar y estén interrelacionados, cuando sean varios, reforzándose entre sí ( TS 3-10-97, EDJ 6349 ). Como regla general la prueba indiciaria no puede fragmentarse, sino que opera en su totalidad. Cada indicio por sí mismo, no significa la consideración probatoria que se obtiene de su racional combinación ( TS 26-7-12, EDJ 208130 ).
- c) Que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como **juicio de inferencia razonable**, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de demostración, existiendo entre ambos un **«enlace preciso y directo** según las reglas del criterio humano» ( TS 3-10-97, EDJ 6349 ; 8-11-00, EDJ 38940 ).
- d) Que la sentencia exprese cuáles son los hechos base o **indicios en que apoya el juicio de inferencia**, y que explicita el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado ( TS 8-11-00, EDJ 38940 ). Ello exige, que para quedar **cumplido el**

**deber de motivación** ( Const art.120.3º ), el tribunal sentenciador exprese, al menos, las grandes líneas del proceso lógico seguido para la concreción del hecho ( TS 21-5-01, EDJ 11767 ).

### c. Prueba ilícita

(LOPJ art.11.1)

6592 Desde la sentencia del TCo 114/1984 donde se reconoce como garantía constitucional la **inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas** y su reflejo legal en el LOPJ art.11.1 , pasando por la TCo 85/1994 , donde se incorpora los **efectos indirectos** de la prueba ilícita a través de la teoría del árbol de los frutos envenenados, son varias las resoluciones judiciales que se han constituido como referentes en esta materia. En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la **necesaria procuración de la verdad** en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ( TCo 114/1984 ).

Las **diferencias** entre la **prueba ilícita** y la **prueba irregular**, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada ( LOPJ art.238.1 ). La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, **en relación con las pruebas relacionadas con ellas**, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (*the tainted fruit*) o, genéricamente, doctrina de los «frutos del árbol envenenado (*The fruit of the poisonous tree doctrine*), mientras que para las derivadas de las **simplemente irregulares** no se produce tal radical consecuencia, en base a lo dispuesto en el LOPJ art.242 y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia. La prueba debe ser obtenida lícitamente. Y ello porque como establece la LOPJ art.11.1 , «no surtirán efecto en juicio las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales» ( TCo 1328/2009 ).

6594 **Falta de eficacia de la prueba ilícita**

(LOPJ art.11.1)

Siguiendo a Gómez Colomer, y analizando la doctrina constitucional:

1. Las pruebas **obtenidas directamente** violentando derechos fundamentales (que son los consagrados por la Constitución), no surten efectos en el proceso.
2. Las pruebas **obtenidas indirectamente** violentando derechos fundamentales, tampoco surten efectos en el proceso (eficacia refleja o frutos del árbol envenenado).
3. No importa **quién** haya conseguido la prueba ilícita.
4. No importa el **momento procesal** en que se haya obtenido la prueba prohibida, si en la fase de investigación o cualquier otra fase.
5. No importa la **clase de proceso** en que se quiera hacer valer.
6. Si es prueba prohibida se excluye del proceso, es decir, queda prohibida su **admisión, práctica y valoración**.

6596 **Transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental**

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de referencia condensa la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Constitucional en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

- a) Que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con **violación del derecho fundamental** constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea esta.
- b) Que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la **acreditación** de los extremos penalmente relevantes **mediante otros medios de prueba de origen independiente** al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.
- c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en **conexión exclusivamente causal de carácter fáctico**, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuricidad», es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la **índole y características de la inicial**

**violación del derecho** y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la **tutela de la efectividad del derecho infringido** requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado ( TS 30-12-09, EDJ 327308 ).

6598 Teoría de la conexión de la antijuridicidad

Finalmente, la TCo 66/2009 , recoge prácticamente toda la teoría de la conexión de la antijuridicidad, así la valoración en juicio de **pruebas** que pudieran estar **conectadas** con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si **existe o no conexión causal** entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada. Solo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las **pruebas derivadas o reflejas**.

d. Procedimiento probatorio

6600 Se expone a continuación un cuadro explicativo del procedimiento probatorio:

<b>1. Proposición de los medios de prueba</b>	
Regla general: En los escritos de calificación provisional ( LECr art.728 )	Excepción: En el acto de la vista: Las partes: LECr art.729.1º, 729.3º y 730 El órgano jurisdiccional: LECr art.729.2
<b>2. Admisión de los medios de prueba</b>	
Requisitos de admisibilidad: Si las pruebas han sido propuestas conforme a las normas procesales. Si las pruebas son pertinentes. Si las pruebas se han obtenido violando derechos o libertades fundamentales ( LOPJ art.11.1 )	Impugnación: Contra el auto admitiendo pruebas: No procede recurso alguno ( LECr art.659 ). Contra el auto denegatorio: Casación previa la oportuna protesta ( LECr art.659 )
<b>3. Práctica de los medios de prueba admitidos</b>	
Regla general: En el acto de la vista del juicio oral.	Excepción: Práctica anticipada de prueba antes de iniciarse las sesiones del juicio oral ( LECr art.657 ) y en la instrucción y prueba preconstituida ( LECr art.730 ).
Orden: 1º Declaración de los procesados 2º Acto seguido se pasa a la práctica de las pruebas propuestas primero por el Ministerio Fiscal, a continuación por las de los acusadores particulares, acabando con las propuestas por la defensa: - Examen de los testigos - Informe pericial - Prueba documental - Inspección ocular	

2. Calificaciones definitivas

(LECr art.732)

6602 Se concretan en el siguiente cuadro:

<b>Calificaciones definitivas</b>	
a) <b>Ratificación</b> de las conclusiones provisionales	b) <b>Modificación</b> de las conclusiones provisionales
- Se elevan a definitivas las provisionales	- Se hace por escrito - Normalmente se suspende el acto de la vista - La misma forma que las conclusiones provisionales - Posibilidad de retirar la acusación

<b>Calificaciones definitivas</b>	
	- Limitación de la modificación: El mismo acusado y el mismo hecho punible

### 3. Posible planteamiento de la «tesis de desvinculación»

(LECr art.733 y 788.3 pfo 2º)

6605 Se trata de una facultad del juzgador de plantear a las partes la «tesis de desvinculación» por la que presenta una **calificación jurídica del hecho punible distinta** a la mantenida por estas cuando a juicio del tribunal el hecho justiciable ha sido **calificado con manifiesto error**, de manera que se usará la fórmula: «Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y de la defensa, el tribunal desea que el fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo... del Código Penal»

En relación a la aplicación de la LECr art.733 , el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que el planteamiento de la denominada tesis es indispensable cuando el tribunal de instancia entiende que el **delito o delitos objeto de la acusación no han sido certeramente calificados**, procediendo a su juicio calificarlos como constitutivos de otro delito distinto, aunque se halle igualmente o incluso más benignamente sancionado que la infracción que fue objeto de acusación pública, popular o particular, no **exceptuándose de esta doctrina** más que aquellos casos en los que entre el delito primitivamente inculcado y el propuesto por el tribunal exista una homogeneidad patente, por lo cual sea previsible para el acusado o acusados que pueda **variarse la calificación de los hechos de autos**, en cuyo caso no se podrá alegar desconocimiento de la acusación, ni la correlativa indefensión ( TS 20-5-01 ).

6607 El **principio acusatorio**, por su parte, según la doctrina del Tribunal Supremo ( TS 4-4-97, EDJ 3279 ), se manifiesta en las siguientes declaraciones:

1º) Las audiencias provinciales, **no** pueden penar un **delito más grave** que el que haya sido objeto de acusación, ni tampoco infracciones que no hayan sido tema de dicha acusación.

2º) Tampoco se puede sancionar un **delito distinto** del que se acusó, aunque la pena de una y otra infracción sean iguales, o incluso la correspondiente al delito invocado, sea inferior a la del que fue objeto de acusación, a menos que exista entre ellos una patente homogeneidad.

3º) Así mismo, no pueden apreciarse **circunstancias agravantes o subtipos agravados**, que no hayan sido invocados por la acusación.

4º) En algunos de los supuestos, se puede obviar lo expuesto, acudiendo al planteamiento de la tesis, de acuerdo con la LECr art.733 , pero incluso en el caso de que los tribunales de instancia hayan hecho uso de esa facultad, es preciso, para que pueda proponer la tesis que, **cualquiera de las acusaciones, asuma el contenido de dichas tesis**, la haga suya y propugne su estimación. Planteada la tesis, es requisito imprescindible, según nuestro Tribunal Supremo, para que el tribunal pueda condenar en base a la misma, que esta sea acogida por el Ministerio Fiscal o la acusación particular mediante una **nueva calificación** o una modificación de las anteriores.

#### Precisiones

La tesis de desvinculación planteada por el órgano jurisdiccional puede provocar una crisis procesal, **suspendiéndose la vista** hasta el siguiente día. Las partes podrán «proponer diligencias de prueba encaminadas a facilitar la defensa de los procesados frente al nuevo tipo penal que se pretende imputar» ( TS 20-7-90, EDJ 7881 ).

### 4. Informes

(LECr art.734 a 738 )

6610 Se realizarán por este **orden**:

- 1º. El fiscal si fuera parte en la causa.
- 2º. El defensor del acusador particular, si le hubiera.
- 3º. El defensor del actor civil, si interviniera en el juicio.
- 4º. Los defensores de los procesados.
- 5º. Los defensores de las personas civilmente responsables.

El **contenido** de los mismos serán los hechos que consideren probados en el juicio, su calificación legal, la participación que en ellos hayan tenido los procesados y la responsabilidad civil que hayan contraído los mismos u otras personas, así como las cosas que sean su objeto, o la cantidad en que deban ser reguladas cuando los informantes o sus representados ejerciten también la **acción civil**.

### C. Conclusión del acto

(LECr art.739 y 740 )

6612 Finalizados los informes se concede al acusado el **derecho a la última palabra** como una manifestación más del derecho de defensa ( LECr art.739 ). El **derecho a la defensa** comprende, no solo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, sino también a defenderse personalmente ( CEDH art.6.3.c ; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art.14.3.d ) en la medida en que lo regulen las Leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Nuestra LECr ofrece al acusado el «derecho a la última palabra», por sí mismo, no como una mera formalidad, sino por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para **confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones** o las de sus coinvestigados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que **nadie pueda ser condenado sin ser oído**, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio ( TCo 891/2004 ; 93/2005 ; 13/2006 ; 258/2007 ; 835/2007 ).

La **omisión de la concesión de este derecho** puede provocar la nulidad del acto de la vista debiendo celebrarse un nuevo juicio ante un tribunal integrado por magistrados diferentes de los que dictaron la sentencia recurrida ( TS 9-6-03, Rec 818/02 ; 4-4-02, Rec 425/00 ), además de ser motivo de recurso de amparo constitucional al violentarse una de las garantías contenidas en el derecho fundamental de defensa ( TCo 13/2006 ; 835/2004 ).

Después de hablar los defensores de las partes y los procesados en su caso, el presidente declarará concluso el juicio para sentencia ( LECr art.740 ). Inmediatamente **después de celebrado el juicio oral** o en el siguiente día, antes de las horas de despacho, el tribunal discutirá y votará todas las **cuestiones de hecho y de derecho** que hayan sido objeto del juicio ( LECr art.149 ).

### D. Documentación del acto

(LECr art.743 , 788.6 y 972 )

6615 De lo dicho y actuado en las sesiones de la vista oral deberá levantarse **acta** por el letrado de la Administración de Justicia actuante. Adaptándose a las nuevas tecnologías y a la nueva configuración de las oficinas judiciales, la LECr desarrolla cómo ha de documentarse el acto.

1. El **desarrollo de las sesiones del juicio oral** se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, para ello el letrado de la Administración de Justicia deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación y las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

a) Siempre que se cuente con los **medios tecnológicos necesarios** el letrado de la Administración de Justicia garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la **celebración del acto no** requerirá la **presencia en la sala del letrado de la Administración de Justicia** salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el letrado de la Administración de Justicia, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el letrado de la Administración de Justicia extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.

b) Si los **mecanismos de garantía previstos no se pudiesen utilizar** el letrado de la Administración de Justicia deberá **consignar en el acta**, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el juez o tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

2. Cuando los **medios de registro no se pudiesen utilizar** por cualquier causa, el letrado de la Administración de Justicia extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y el detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.



3. El **acta** con presencia del letrado de la Administración de Justicia en la sala, se extenderá por **procedimientos informáticos**, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el letrado de la Administración de Justicia leerá el acta, haciendo en ella las **rectificaciones** que las partes reclamen, si las estima procedentes. El acta se **firmará** por el presidente y miembros del tribunal, por el fiscal y por los defensores de las partes.

4. Las actas redactadas en **idiomas cooficiales de las comunidades autónomas** que los posean han de traducirse al castellano si han de surtir efectos fuera de dichos territorios o si se recurren en casación ( TS 1-4-04, EDJ 12731 ; TS auto 14-5-04, EDJ 56603 ).

## V. Sentencia

6620	1. Consideraciones generales	6621
	2. Estructura de la sentencia	6622
	3. Requisitos internos	6632

### 1. Consideraciones generales

6621 La **característica principal** de las sentencias en el proceso penal es que, al estar prohibidas las absolutorias en la instancia ( LECr art.144 , así como su Exposición de Motivos), deberá contener un pronunciamiento de absolución o de condena ( LECr art.742 ).

La **sentencia absolutoria** de la instancia, es aquella que poniendo fin al proceso no resuelve sobre «el fondo». En nuestro ordenamiento procesal las resoluciones que pueden poner fin al proceso por **falta de presupuestos procesales** (presupuestos de procedibilidad, directos o indirectos: los de punibilidad que influyan en el proceso) adoptarán la forma de auto, a mayor abundamiento, ni siquiera revisten la forma de sentencia las resoluciones que ponen término al proceso, con o sin efecto de cosa juzgada, por ser imposible su continuación, así los **autos de sobreseimiento libre o provisional** ( LECr art.637 y 641 ).

En nuestro sistema procesal, la falta de un presupuesto procesal puede significar que nos encontremos, no una sentencia absolutoria, sino ante una **nulidad de actuaciones**, declarada mediante auto, y la reposición de estas al estado en que se produjo el vicio de nulidad ( LOPJ art.240 s. ).

Por todo ello, la Ley procesal ( LECr art.742 ) dispone que en la **sentencia** se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, **condenando o absolviendo a los procesados**, no solo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa sin que pueda el tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar. También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio. Una vez dictada la sentencia el letrado de la Administración de Justicia la notificará **por escrito** a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** de la sentencia penal, ver nº 2800 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.

### 2. Estructura de la sentencia

(LECr art.142 y 789 ; LOPJ art.248.3)

6622 La sentencia en virtud de los preceptos que la regulan está sujeta a una serie de **requisitos** de estructura y redacción cuyo incumplimiento determina el correspondiente motivo del recurso de casación por quebrantamiento de forma.

#### a. Encabezamiento

6623 En él han de mencionarse:

- el **lugar y fecha** en que se dicta la sentencia;
- los **hechos** objeto del proceso, sucintamente reflejados (con frecuencia, en la práctica, se expresa solo el delito o delitos);

- los **nombres y apellidos** de los acusadores particulares, si los hubiera;
- nombres y apellidos de los acusados;
- los **apodos** o sobrenombres de estos, si los tuvieran, y sus datos personales: edad, estado, profesión, etc.;
- el nombre y apellidos del magistrado ponente (de ordinario, se consignan los nombres y apellidos de todos los miembros del órgano jurisdiccional colegiado) o, en su caso, del juez sentenciador ( LECr art.142.1.1 ).

#### b. Exposición de antecedentes

6624 Deberá comprender, una exposición de las **conclusiones definitivas** de la acusación, de la defensa y, en su caso, las que hubiese propuesto el tribunal en aplicación de la LECr art.733 ( LOPJ art.248.3 ; LECr art.142.3ª ).

#### c. Motivación

(Const art.120.3)

6626 Se desdobra en dos partes la declaración de los hechos probados y la fundamentación jurídica.

#### 6627 Declaración de hechos probados

(LECr art.142.2)

Con el fin de no incurrir en un error *in iudicando*, motivo del recurso extraordinario de casación ( LECr art.851.1º ) deberá ser **clara y terminante**, sin contradicción interna y expresada sin el empleo de conceptos jurídicos que implique la determinación del fallo.

Es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un **relato de hechos probados** que permita su comprensión, no solo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso, y además, por la sociedad en su conjunto, en cuanto pueda tener interés legítimo en acceder a una resolución pública dictada por sus tribunales ( TS 12-2-03, EDJ 3258 ).

Con los hechos declarados probados en la sentencia han de relacionarse los **fundamentos jurídicos de la misma**, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente ( TS 27-3-02, EDJ 9582 )

#### 6628 Fundamentos de derecho

(LECr art.142.4.1º a 4º)

Se consignarán también en **párrafos numerados**, con cita expresa de la disposición legal aplicable:

- los **fundamentos legales** de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados;
- la **participación** que en los referidos hechos hubiese tenido cada uno de los procesados;
- las **circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes** de responsabilidad criminal, en caso de haber concurrido;
- las razones en que se basa para la **individualización de la pena**;
- los fundamentos relativos a la **responsabilidad civil** exigibles.

#### 6629

##### Precisiones

La fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión **no** sea consecuencia de una **aplicación arbitraria de la legalidad**, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia ( TCo 147/1999 ; 25/2000 ; 87/2000 ; 82/2001 ; 221/2001 ; 55/2003 ; 223/2005 ).

Ha de estar **fundamentada en derecho** como garantía precisamente frente a la arbitrariedad e irracionalidad de los poderes ( TCo 112/1996 ; 87/2000 ) y la **motivación** ha de ser **suficiente** pero hay que advertir que la amplitud de la motivación de las sentencias ha sido matizada por la doctrina constitucional indicando que «**no** autoriza a exigir un **razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado** de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los **criterios jurídicos esenciales** fundamentadores de la decisión» ( TCo 14/1991 ), es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella ( TCo 28/1994 ; 153/1995 ; 32/1996 ).

#### d. Fallo

(LECr art.142.4º.Quinto)

6630 Debe contener el **pronunciamiento** o pronunciamientos sobre el **objeto u objetos del proceso** y sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa (exhaustividad de la sentencia: LECr art.851.3 , así como sobre las posibles faltas incidentales y también, en su caso, sobre la responsabilidad civil. De **no ser absoluta la sentencia**, las penas o condenas que se imponen deben ser perfectamente delimitadas. Proceden, en ciertos casos, **otros pronunciamientos**: sobre las costas, de declaración de querrela calumniosa y sobre la remisión a quien corresponda del tanto de la culpa por posibles responsabilidades penales o administrativas manifestadas durante la celebración del juicio oral.

### 3. Requisitos internos

---

#### a. Congruencia

6632 Adquieren relevancia constitucional la incongruencia por exceso y la incongruencia por defecto, llamadas *ultra petita* e *infra petita*.

6633 Incongruencia «ultra petita», «extra petita» o por exceso

El concepto constitucional de congruencia ( Const art.24.1 ) y el imperativo de la LEC art.359 , se relaciona con el de **desajuste** entre las **pretensiones deducidas** en el proceso y lo resuelto en el **fallo**. Se defrauda con ello el **principio de contradicción**, lo que supone una subversión del objeto del proceso que provoca la indefensión de las partes que no tuvieron ocasión de alegar ni probar sobre el objeto extraño introducido en el fallo. De esta forma se liga incongruencia e indefensión material en su concepto de **merma sustancial del derecho de defensa** ( TCo 20/1982 ; 14/1984 ; 44/1993 ; 191/1995 ; 60/1996 ; 9/1998 ).

La posibilidad del que se traduzca en una vulneración del principio de contradicción y la consiguiente situación de indefensión de alguna de las partes del proceso, se produce, más en concreto, en los supuestos en los que el **órgano judicial incurre en incongruencia** por otorgar más de lo pedido (*ultra petita*) o algo distinto de lo solicitado (*extra petita*). En los dos casos, el **pronunciamiento rebasa el «petitum» de la parte** y es posible que, como consecuencia, se produzca la referida situación de indefensión al quien no tuvo ocasión de alegar nada sobre tales extremos por entenderlos al margen del debate procesal. La situación que en estos casos se produce es similar, en última instancia, a la de los supuestos de resoluciones dictadas *inaudita parte*, en la medida en que, aunque la parte haya podido personarse y efectuar alegaciones, no habrá podido alegar sobre un **tema que quedaba fuera de los pedimentos** y que, por tanto, era ajeno al debate procesal ( TCo 142/1987 ; 220/1997 ).

6634 Incongruencia «infra petita» o por defecto u omisiva

En la «incongruencia omisiva», desde la TCo 20/1982 , se señala por la doctrina jurisprudencial que resulta preciso ponderar las **circunstancias concurrentes en cada caso** para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión de la Const art.24.1 o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una **desestimación tácita** que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial.

#### Precisiones

En definitiva, «no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el **silencio de la resolución judicial** constituye una auténtica lesión de la Const art.24.1 ( TCo 175/1990 ; 198/1990 ; 88/1992 ; 163/1992 ; 226/1992 ; 101/1993 ; 169/1994 ; 91/1995 ; 143/1995 ; 58/1996 , entre otras), doctrina igualmente acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art.6.1 (así, en las decisiones del TEDH 9-12-94 asunto Ruiz Torija vs España; 9-12-94 Hiro Bolani vs España; TCo 26/1997 ; 16/1998 ; 215/1998 ; 74/1999 ; 132/1999 ; 85/2000 ; 101/2000 y 253/2000 ).

#### b. Correlación entre acusación y sentencia

6636 Una de las principales manifestaciones del principio acusatorio es la correlación que ha de existir entre la **acusación formulada** y la **sentencia dictada**. Sin embargo, a su vez esta formulación presenta **dos diferentes facetas**:

- una, la que se refiere a la homogeneidad o heterogeneidad de la calificación jurídica en que se fijan los tipos penales en los que se subsumen los hechos calificados y enjuiciados; y

- otra, el aspecto cuantitativo de la pena solicitada y la impuesta por el juzgador.

#### 6637 Homogeneidad de la calificación jurídica

Respecto a ella hay que distinguir, el condicionamiento fáctico y el condicionamiento jurídico.

El **condicionamiento fáctico** viene determinado por los hechos que han sido objeto de la acusación de manera que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la acción penal. De ahí la **delimitación tan restrictiva** que hace la jurisprudencia respecto de aquellas instituciones como el planteamiento de la tesis o la aportación de testigos por el tribunal con el objeto de que no se viole el derecho de defensa ( TS 20-10-09, EDJ 11177 ).

Por otro lado el **condicionamiento jurídico** se plantea en la calificación de los hechos, de manera que el juez solo podrá condenar por un delito diferente al propuesto por las partes en las acusaciones cuando se trate de un delito homogéneo. Tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no utilizan para la determinación de la homogeneidad delictiva criterios formales, ni sistemáticos, ni sujetos al campo propio de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente utiliza el criterio de proscripción de la indefensión: lo relevante es que el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos, fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena ( TCo 228/2002 , 10/1988 , auto 244/1995 ). Por tanto, para obtener el concepto jurisprudencial de **delito homogéneo** hay que en la **identidad de los elementos esenciales** que constituyen el tipo penal. Se dice que dos delitos son homogéneos cuando tienen la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo.

Sentado lo anterior se extrae la siguiente consecuencia: no se infringe el **principio acusatorio** cuando el juez en la sentencia condene por un delito distinto siempre que sea homogéneo de manera que el investigado o encausado se haya podido defender de todos y cada uno de los elementos que constituyen el tipo penal por el que finalmente se le condena. Por tanto, ni existirá indefensión, ni será preciso utilizar el planteamiento de la tesis de la LECr art.733 ( TCo 247/2005 , 73/2007 , 198/2009 ).

#### 6638 Aspecto cuantitativo de la pena solicitada

En cuanto al aspecto cuantitativo de la pena solicitada, la sentencia de referencia fue la primera en recoger el Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 20-12-06, EDJ 353056 para la Unificación de Criterios, que concluyó que: «El tribunal sentenciador **no** puede imponer **pena superior a la más grave de las pedidas** en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa» ( TS 12-1-07, EDJ 1926 ). En el mismo sentido, TS 10-10-08, EDJ 21702 ; 26-10-10, EDJ 241737 .

## VI. Cosa juzgada

6640	Cosa juzgada formal y material	6641
	Resoluciones judiciales penales con fuerza de cosa juzgada	6642

#### 6641 Cosa juzgada formal y material

El efecto de cosa juzgada se desdobra:

- por un lado, en la **invariabilidad de las resoluciones judiciales** que no permite ya su alteración vía recurso y se predica de las resoluciones jurisdiccionales firmes (cosa juzgada formal); y de otro,
- el efecto negativo que impide el **nuevo conocimiento de aquellos asuntos que ya han sido juzgados** (cosa juzgada material).

La única **eficacia** que la **cosa juzgada material** produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, consistente simplemente en que, una vez resuelta por sentencia firme, o resolución asimilada, una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho contra la misma persona, pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a **no ser enjuiciado** penalmente más de una vez por unos mismos hechos ( TS 19-7-04, EDJ 159669 ).

#### Precisiones

La cosa juzgada se manifiesta, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, como una de la proyecciones del **derecho a la tutela judicial efectiva** ( Const art.24.1 ) y consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las **resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos** como el respecto a su **firmeza** y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas

en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su **revisión o modificación** a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material se **privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza** en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (entre otras, TCo 59/1996 ; 43/1998 ; 53/2000 ; 55/2000 ; 207/2000 ; 309/2000 ; y 151/2001 ). Por ello, el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la **eficacia de la cosa juzgada material**, tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza ( TCo 17/2008 ).

#### 6642 Resoluciones judiciales penales con fuerza de cosa juzgada

Se predica la fuerza de cosa juzgada formal de aquellas **sentencias que no son susceptibles de recurso alguno** y solo se haya expuesta a los supuestos de rescisión de sentencias firmes (como la **revisión penal**, firmeza que se obtiene por la propia naturaleza de la resolución por haber transcurrido los plazos legales para recurrir o por haber agotado los recursos). Dichas resoluciones podrán ser objeto de **amparo constitucional**.

Tiene fuerza de cosa juzgada material la sentencia firme que **pone fin al proceso penal** absolviendo o condenando. Pero existen también otras resoluciones que, en virtud del **principio «non bis in idem»**, han de alcanzar fuerza de cosa juzgada material de modo que impidan la sujeción de una misma persona, a causa de un mismo hecho, a un segundo proceso penal o incluso a un segundo enjuiciamiento de los mismos hechos. Interesan las **resoluciones favorables al acusado**, puesto que las resoluciones desfavorables no producen efecto de cosa juzgada material. Se encuentra entre estas resoluciones los **autos de sobreseimiento libre**.

#### Precisiones

Pero la cosa juzgada material posee **límites a su aplicación** que vienen establecidos por los sus elementos identificadores y son dos: identidad de hecho e identidad de persona inculpada ( TS 19-7-04, EDJ 159669 ; 11-2-05, EDJ 23851 ; 22-2-05, EDJ 23829 ; 27-5-05, EDJ 90191 ):

- 1) El **hecho** viene fijado por el **relato histórico** por el que se acusó y condenó (o absolvió) en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.
- 2) Por **persona inculpada** ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el investigado o encausado del segundo proceso.

#### SECCIÓN 3

## Recursos

6645	I. Aspectos generales de los recursos	6647
	II. Recursos ordinarios contra resoluciones judiciales	6648
	III. Recursos ordinarios contra resoluciones del letrado de la Administración de Justicia	6658
	IV. Recursos extraordinarios: recurso de casación	6665
	V. Medios de rescisión de sentencias firmes	6692

6646 La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la L 41/2015 , instaura de una manera generalizada el **sistema de doble instancia**. Este sistema se ha producido de manera escalonada pues primero se realizó la reforma orgánica habilitando la sala de la apelación de la Audiencia Nacional ( LOPJ art.64 bis ) o confiriéndole a los tribunales superiores de justicia facultades para conocer de determinadas apelaciones ( LOPJ art.73.3.c ), y ahora se ha producido la reforma material de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** de los recursos que pueden interponerse frente a la sentencia penal, ver nº 2950 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.

## I. Aspectos generales de los recursos

### 6647 Competencia funcional

Los órganos jurisdiccionales que poseen la competencia funcional para conocer de los recursos previstos en la LECr dependen del **medio de impugnación** que se trate y del **órgano que dicta la resolución** susceptible de ser recurrida, así como de la resolución que se recurre.

<b>Recursos contra las resoluciones de los órganos jurisdiccionales</b>	
1. Recursos ordinarios <b>no devolutivos</b> (reforma y súplica)	
El mismo que dicta la resolución ( LECr art.219 )	
2. Recursos ordinarios <b>devolutivos</b> (apelación y queja)	
<b>APELACIÓN</b>	
Órgano <i>a quo</i>	Órgano <i>ad quem</i>
Juzgados de paz	Juzgados de instrucción ( LOPJ art.87.1.e )
Juzgados de instrucción Juzgados de violencia sobre la mujer Juzgados de lo penal Juzgados de vigilancia penitenciaria Juzgados de menores	Audiencia provincial ( LOPJ art.82.1.2º, 3º, 4º y 5º )
Tribunal del jurado (apelación en ciertos supuestos)	Sala de lo civil y penal del tribunal superior de justicia ( LECr art.846 bis.a )
Audiencia provincial	Sala de lo civil y penal del tribunal superior de justicia ( LECr art.846 bis.a )
Juzgados centrales de instrucción Juzgados centrales de lo penal Juzgados centrales de vigilancia penitenciaria Juzgados centrales de menores	Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ( LOPJ art.65.5º y 6º )
Audiencia Nacional, Sala de lo Penal	Sala de Apelación de la Audiencia Nacional ( LECr art.846 ter y LOPJ art.64 bis.1 )
<b>QUEJA</b>	El que deba conocer el recurso de apelación o casación ( LECr art.219.pfo.2º )
3. Recurso <b>extraordinario de casación y la revisión penal</b>	
Tribunal Supremo (Sala Segunda) ( LOPJ art.57.1.1º )	
<b>Recursos contra las resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia</b>	
1. Recurso de <b>reposición</b>	El mismo ( LECr art.238 bis )
2. Recurso de <b>revisión</b>	Juez o tribunal con competencia funcional en la fase donde se dicta el decreto ( LECr art.238 ter )

## II. Recursos ordinarios contra resoluciones judiciales

### 6648 Pueden ser:

- no devolutivos (nº 6649 ); y
- devolutivos (nº 6652 ).

#### 1. No devolutivos

### 6649 Son no devolutivos los recursos de:

- reforma (nº 6650 ); y

- súplica (nº 6651 ).

#### 6650 Recurso de reforma

Son resoluciones **susceptibles de este recurso** las resoluciones interlocutorias dictadas por un órgano unipersonal. Cabe también contra todos los **actos del juez de instrucción** ( LECr art.216 y 217 ) aunque en la práctica se admite también contra providencias que no sean de mera tramitación ( TCo 349/2003 ).

Respecto al **procedimiento**, el recurso deberá **interponerse**, ante el mismo órgano que dictó la resolución ( LECr art.219 y 220 ), por escrito fundamentado, en el **plazo** de 3 días contados desde que se hubiera realizado la última notificación a los que sean parte en el proceso ( LECr art.211 ). El escrito deberá estar **firmado** por abogado ( LECr art.221 ). Se presentará con el escrito tantas **copias** del mismo cuantas sean las demás partes, a las cuales habrán de ser entregadas dichas copias ( LECr art.222 párrafo 1º ). El juez resolverá, por medio de **auto**, en el plazo de 2 días. Si el **recurso** de reforma **fuese desestimado**, podrá interponerse el recurso de apelación. Aunque ambos pueden interponerse en el mismo escrito, en cuyo caso el de apelación se propondrá subsidiariamente, por si fuera desestimado el de reforma ( LECr art.222 párrafo 2º ).

#### 6651 Recurso de súplica

Son resoluciones **susceptibles de este recurso** las resoluciones interlocutorias dictadas por órgano colegiado (diferencia con el recurso de reforma). Se concede contra los **autos de los tribunales de lo criminal**, salvo aquellos contra los cuales se otorgue expresamente otro tipo de recurso ( LECr art.236 y 237 ).

En lo que se refiere al **procedimiento**, el recurso de súplica contra un auto de cualquier tribunal se sustanciará por el procedimiento señalado para el recurso de reforma (nº 6650 ) que se entable contra cualquier resolución de un juez de instrucción ( LECr art.238 ).

## 2. Devolutivos

---

6652 Son devolutivos los recursos de:

- apelación (nº 6653 ); y
- queja (nº 6656 ).

#### 6653 Recurso de apelación

Son **susceptibles de este recurso** tanto las resoluciones interlocutorias como la apelación ordinaria.

El recurso de apelación contra **resoluciones interlocutorias** se puede interponer únicamente en los casos determinados en la ley ( LECr art.217 ), como regla general se suele admitir contra los autos que resuelven los recursos de reforma.

La **apelación ordinaria** procede contra determinadas resoluciones, autos y sentencia, y cuando se recurren las sentencias definitivas de órganos unipersonales abre lo que llamamos segunda instancia ( LECr art.790 , 791 y 792 para el proceso abreviado y LECr art.976 y 977 para el juicio por delitos leves).

En lo que se refiere al **procedimiento**, se interpone ante el mismo juez que dictó la resolución ( LECr art.219 ) por **escrito**, con la **firma** del letrado ( LECr art.221 ) pero el **órgano competente** para conocer de él son las audiencias ( LOPJ art.65.5º y 6º y 82.1, 2º, 3º, 4º y 5º ) las que tienen esa competencia, con las salvedades de los juzgados de instrucción ( LOPJ art.87.1.e ), el tribunal superior de justicia - LECr art.846 bis.a y la Audiencia Nacional ( LOPJ art.64 bis.1, 65.5º y 6º ; LECr art.846 ter ) en los casos determinados por la Ley- ( LECr art.220 ).

Interpuesto el recurso de apelación el juez lo admitirá, **en uno o en ambos efectos**, según sea procedente ( LECr art.217 y 223 ):

Los autos que se recurren en apelación en ambos efectos son, entre otros: el denegatorio de requerimiento de inhibición en inhibitoria ( LECr art.27 párrafo 2º ), el denegatorio de inhibición en declinatoria ( LECr art.32 párrafo 2º ), el de desestimación de querrela ( LECr art.313 ).

Los **autos** que se recurren en apelación en un solo efecto son, entre otros: el de inhibición o accediendo a la inhibición ( LECr art.12 párrafo 4º, 25 párrafo 4º y 30 párrafo 4º ), el denegatorio de diligencias de instrucción ( LECr art.311 párrafo 2º y 384 párrafo 2º y 3º ), el de procesamiento ( LECr art.384.V ), el de situación procesal de investigado o encausado ( LECr art.507 , 518 y 529 ), el de declaración de suficiencia de fianza ( LECr art.596 ) y el de petición de extradición o denegación de la misma ( LECr art.380 ).

6654 Si se admite en **un solo efecto**, el juez, en la misma resolución que así lo declare mandará sacar **testimonio** del auto primeramente recurrido, de los escritos referentes al recurso de reforma, del auto apelado y de cuantos otros particulares considere necesario incluir, fijando el **término** dentro del cual ha de quedar expedido el testimonio, término que se contará desde la fecha siguiente a la de la resolución que se fije. Dentro de los 2 días siguientes, el Ministerio

Fiscal y el apelante podrían pedir al juez ser incluidos en el testimonio los **particulares** que crean conveniente incluir. El juez decidirá sobre lo solicitado. Puesto el testimonio, se **emplazará a las partes** para que se personen ante el órgano superior en el plazo de 15 o 10 días según corresponda ( LECr art.225 ).

**6655** Si se admitiera en **ambos efectos**, el juez simplemente mandará **remitir los autos originales** al órgano que hubiera de conocer el recurso y **emplazará a las partes**, en los mismos términos que si el recurso de admite en un solo efecto. Puede ocurrir que en el término del emplazamiento **no se hubiera personado el apelante**, por lo que se declarará de oficio desierto el recurso mediante decreto por el letrado de la Administración de Justicia, comunicándolo inmediatamente al juez y devolviendo los autos originales. Si se **hubiera personado el apelante**, se le dará vista de los autos, así como a las partes personadas y, por último, al fiscal, por el término de 3 días. Instruidas las partes, se señalará día para la celebración de una vista. Entre el señalamiento y la celebración de la vista no mediarán más de 10 días ( LECr art.224 y 227 a 231 ).

El recurso se decidirá por medio de **auto** que será comunicado al letrado de la Administración de Justicia para su cumplimiento. Asimismo, se admitirá la **devolución de la causa** si se hubiera admitido en ambos efectos ( LECr art.232 ).

#### **6656** Recurso de queja

Atendiendo a este criterio, se puede decir que hay dos recursos ordinarios y devolutivos distintos:

El primero sirve para solicitar que el órgano judicial *ad quem* resuelva sobre la procedencia de la **admisibilidad de un recurso inadmitido** por el órgano judicial *ad quo* (inadmisión de un recurso de apelación o denegación del testimonio pedido para interponer el recurso de casación LECr art.218 y 862 s.).

El segundo es el que posee el mismo contenido del **recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias**, pero la diferencia se encuentra en el procedimiento ya que se interpone directamente ante el órgano que debe resolverlo ( LECr art.218 ) y procede frente a todos los autos no apelables del juez.

Respecto al **procedimiento**, tratándose de la primera de las dos clases de recurso de queja a la que llamaremos **queja instrumental**, el procedimiento es el siguiente: se interpone ante el órgano superior al que inadmitió la apelación ( LECr art.219 y 220 ) mediante **escrito con firma de letrado** ( LECr art.221 ). El tribunal ordenará al juez que informe en el corto término que al efecto le señale sobre el **motivo de la inadmisión del recurso** ( LECr art.233 ). Recibido dicho informe, el letrado de la Administración de Justicia lo pasará al fiscal, si la causa fuera por delito en que tenga que intervenir, para que emita **dictamen por escrito** en el término de 3 días ( LECr art.234 ). Con vista a este dictamen, si le hubiera, y del informe del juez, el tribunal resolverá lo que estime justo. El auto que se dicte no podrá afectar al estado que tuviera la causa cuando el recurso se haya interpuesto **fuera del término ordinario de las apelaciones**, sin perjuicio de lo que el tribunal acuerde en su día cuando llegue a conocer de aquella ( LECr art.235 ).

Respecto al procedimiento del recurso de queja que se configura como una **especialidad de la apelación**, las diferencias procedimentales con el anterior se centran en que este recurso se interpone en cualquier momento mientras que esté pendiente la causa ( LECr art.213 ) y que, tanto el escrito de interposición, como el informe del juez *a quo*, el dictamen del fiscal y la resolución se referirán a las **circunstancias determinantes del recurso** pero no a la inadmisión como el anterior.

### **III. Recursos ordinarios contra resoluciones del letrado de la Administración de Justicia**

(LECr art.238 bis y ter)

**6658** Contra las resoluciones del letrado de la Administración de Justicia puede interponerse:

- recurso de reposición (nº 6659 ); y
- recurso de revisión (nº 6660 ).

#### **6659** Recurso de reposición

Las **resoluciones susceptibles de este recurso** son todas las diligencias de ordenación dictadas por los letrados de la Administración de Justicia y contra los decretos de los mismos, excepto en aquellos supuestos en que proceda la interposición directa de recurso de revisión por así preverlo expresamente la Ley ( LECr art.144 bis ).

Respecto al **procedimiento**, se interpondrá ante ellos mismos siempre por **escrito autorizado** con firma de letrado y acompañado de tantas **copias** cuantas sean las demás partes personadas. Expresará la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente y en ningún caso tendrá efectos suspensivos. Admitido a trámite el recurso de reposición, por el letrado de la Administración de Justicia se concederá al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas un plazo común de 2 días para presentar por **escrito sus alegaciones**, transcurrido el cual resolverá sin más trámite. Contra el **decreto del letrado de la Administración de Justicia** que resuelva el recurso de reposición no cabrá interponer recurso alguno.



## 6660 Recurso de revisión

Las **resoluciones susceptibles de este recurso** son los decretos de los letrados de la Administración de Justicia que expresamente prevea la ley ( LECr art.144 bis , 228 , 866 y 873 ).

El **procedimiento** es el siguiente: El recurso de revisión se interpondrá ante el juez o tribunal con competencia funcional en la fase del proceso en la que haya recaído el decreto del letrado de la Administración de Justicia que se impugna, mediante **escrito** en el que deberá citarse la infracción en que esta hubiera incurrido, autorizado con **firma** de letrado y del que deberán presentarse tantas **copias** cuantas sean las demás partes personadas.

Admitido a trámite el recurso de revisión, por el letrado de la Administración de Justicia se concederá al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas un **plazo común** de 2 días para que presenten sus **alegaciones por escrito**, transcurrido el cual el juez o tribunal resolverá sin más trámite. Contra el auto resolutorio del recurso de revisión no cabrá interponer recurso alguno.

## 6661 Otros recursos

Cabe interponer también recursos frente a las **resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia** dictadas para la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia y para la realización de la medida cautelar real de embargo ( LECr art.589 y 615 ). Se rige por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## IV. Recursos extraordinarios: Recurso de casación

(LECr art.847 y 848 , 849 a 888 , 889 , 890 a 906 )

6665	A. Resoluciones susceptibles de recurso	6666
	B. Motivos del recurso de casación	6670
	C. Procedimiento	6690

### A. Resoluciones susceptibles de recurso

(LECr art.847)

## 6666 Sentencias

**Procede** recurso de casación:

**a)** Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra sentencias dictadas:

- en única instancia o en apelación por la sala de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia;
- por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

**b)** Por infracción de ley del motivo previsto en la LECr art.849.1 contra las sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

**Se exceptúan** aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

## 6667 Autos

Pueden ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las audiencias provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

Cabe interponerlo, entre otros, contra:

**a) Autos dictados por órganos colegiados:** en materia de competencia ( LECr art.25 párrafo 4º, 31 párrafo 2º, 35 , 40 párrafo 2º y 43 ), el auto que declara el hecho como delito leve en el proceso ordinario ( LECr art.625 ), el auto de sobreseimiento libre ( LECr art.636 y 848 ), el auto apreciando la existencia de artículos de previo pronunciamiento, declinatoria, prescripción, cosa juzgada e indulto ( LECr art.676 ), el auto que resuelve la apelación contra la decisión de las cuestiones previas en el proceso por jurado ( LECr art.846 bis.a ) y los autos en materia de responsabilidad civil dictados en aplicación de la LOPJ art.18.2 ( TS 14-12-07, EDJ 230025 ).

**b) Determinados autos en fase de ejecución de sentencia.**

### B. Motivos del recurso de casación

6670	1. Por infracción de Ley	6671
------	--------------------------	------

### 1. Recurso de casación por infracción de Ley

(LECr art.849)

6671 Puede recurrirse en casación por:

- vulneración de precepto penal sustantivo (nº 6672 );
- error de hecho en la apreciación de la prueba (nº 6673 ).

#### a. Vulneración de precepto penal sustantivo

(LECr art.849.1º)

6672 Cuando, dados los hechos que se declaren probados, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra **norma jurídica del mismo carácter** que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.

a) Se ha de partir de manera inexcusable del más absoluto y riguroso **respeto a los hechos declarados probados**, ni omitir los que aparecen en el relato histórico ni incorporar otros que no se encuentren en aquel ( TS 30-11-98, EDJ 27025 ). Se ha dicho reiteradamente que, cuando se opta por la vía del **error de derecho**, se parte de un absoluto respeto a la relación de hechos probados, por lo que habiéndose constatado que no se puede modificar su contenido resulta inoperante cualquier alegación sobre errores de calificación basados en el *factum* ( TS 3-6-00, EDJ 14597 ). El **objeto** de este motivo ( TS 25-6-99, EDJ 13839 ), consiste exclusivamente en comprobar si, dados los hechos que se declaran probados, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se **aplicaron correctamente los preceptos penales sustantivos** en que aquellos se subsumieron, de suerte cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo ( TS 23-5-05, EDJ 157539 ; 15-2-11, EDJ 11685 ).

b) Debe ser **infringida una norma penal sustantiva** y no de una norma de carácter procesal que regule las formas del proceso objeto de otro motivo del recurso de casación ( TS 13-3-00, EDJ 2250 ; 14-4-03, EDJ 25307 ; 23-12-03, EDJ 201855 ) si es que está dentro de las contempladas en la LECr art.850 y 851 . Por tanto tampoco cabe la infracción de jurisprudencia ( TS 20-6-03, EDJ 49583 ).

#### b. Error de hecho en la apreciación de la prueba

(LECr art.849.2º)

6673 Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en **documentos que obren en autos**, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Los **requisitos** exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1. Ha de fundarse, en una **verdadera prueba documental**, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa. Los **documentos** son los elementos que han de demostrar el error y se ha de entender por documento aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma, quedan fuera de este concepto las **pruebas de naturaleza personal** aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de investigados o encausados o testigos, el atestado policial y acta del plenario, entre otras ( TS 17-2-00, EDJ 1082 ; 10-10-00, EDJ 37096 ; 27-1-11, EDJ 5197 ), de manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial que pueden ser equiparados a los documentos en sentido estricto cuando el **dictamen** sea **único** o existan **varios coincidentes**, no disponga el tribunal de otros medios probatorios sobre el mismo elemento fáctico y la Audiencia haya llegado a **conclusiones contrarias a las del informe o informes**, bien por omitirlos bien por contradecirlos directamente o al interpretarlos, sin razonar la divergencia ( TS 23-12-98, EDJ 33220 ; 23-2-99, EDJ 1682 ; 30-1-04, EDJ 10756 ; 20-9-04, EDJ 147782 ; 5-10-04, EDJ 159773 ).

2. Ha de evidenciar el **error** de algún **dato o elemento fáctico o material** de la **sentencia de instancia**, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones ( TS 26-11-02, EDJ 54119 ; 9-4-03, EDJ 25294 ; 20-9-04, EDJ 147782 ; 2-2-05, EDJ 11843 ).

3. Que el **dato** que el documento acredite **no** se encuentre **en contradicción con otros elementos de prueba**, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal ( TS 14-10-99, EDJ 35048 ; 30-9-05, EDJ 157529 ).

4. Que el **dato contradictorio** así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( TS 24-1-91, EDJ 615 ; 22-9-92, EDJ 9048 ; 13-5-96, EDJ 3088 ; 21-11-96, EDJ 8245 ; 11-11-97, EDJ 7857 ; 27-4-98, EDJ 2380 ; 19-6-98, EDJ 5570 ; 5-4-99, EDJ 5997 ; 9-4-03, EDJ 25294 ).

## 2. Por quebrantamiento de forma

(LECr art.850 y 851 )

6675 Puede producirse por:

- vicios de procedimiento (nº 6676 ); o
- defectos en la sentencia (nº 6680 ).

### a. Vicios de procedimiento

(LECr art.850)

6676 Los enumerados en la ley procesal se pueden agrupar en:

- denegación de prueba;
- omisión de citación de las partes; e
- indebida celebración del juicio en caso de ausencia de algún coacusado.

### 6677 Denegación de prueba

Se produce en los siguientes supuestos:

1º. Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, **propuesta en tiempo y forma** por las partes, se considere pertinente.

2º. Cuando el presidente del **tribunal se niegue a que un testigo conteste**, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

3º. Cuando **se desestime cualquier pregunta por capciosa**, sugestiva o **impertinente**, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio.

La doctrina jurisprudencial reitera que la **formulación en tiempo y forma** de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la **calificación de pertinente**. Como ha recordado el Tribunal Supremo, la constitucionalidad del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa **no** se configura como un **derecho absoluto e incondicionado** a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la **pertinencia de las propuestas «rechazando las demás»** ( LECr art.659 y concordantes ), y en cuanto a su práctica, la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas ( TS 16-4-98 ). **No** existe para el tribunal la **obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta**, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el tribunal de instancia realice una **ponderada decisión** valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la **pertinencia de la prueba** y su **funcionalidad**. Ha de valorarse, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora ( TS 29-12-10, EDJ 279606 ).

### 6678 Omisión de citación de las partes

Se produce cuando se haya omitido la citación del **procesado**, la del **responsable civil subsidiario**, la de la **parte acusadora** o la del **actor civil** para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.

### 6679 Indebida celebración del juicio en caso de ausencia de algún coacusado

Cuando el tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiera **causa fundada que se oponga a juzgarles** con independencia y no haya recaído **declaración de rebeldía**.

Hay que tener en cuenta que cabe el **enjuiciamiento por separado** de los encausados cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) Que el no comparecido haya sido citado personalmente.
- b) Que el tribunal, antes de pronunciarse sobre el particular, haya oído a las partes sobre esta cuestión.
- c) Que el acuerdo del mismo se haga constar en el acta del juicio con expresión de las razones que lo motiven.
- d) Que realmente existan elementos suficientes para juzgar separadamente a los procesados.
- e) Que tal decisión no cause indefensión al procesado o procesados comparecidos ( TS 7-7-03, EDJ 80559 ; 12-7-04, EDJ 82819 ).

#### b. Defectos en la sentencia

(LECr art.851)

#### 6680 Pueden producirse:

- en la declaración de hechos probados (nº 6681 );
- en la composición del tribunal (nº 6685 );
- por incongruencia omisiva (nº 6686 ); y
- por falta de correlación entre acusación y fallo (nº 6686 ).

#### 6681 En la declaración de hechos probados

Este defecto se puede desdoblar en tres.

#### 6682 Omisión o falta de claridad

Para que sea apreciada por el tribunal según reiterada doctrina jurisprudencial ( TS 22-3-01, EDJ 7340 ) se concreta en los siguientes puntos:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la **existencia de imprecisión**, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la **absoluta carencia de supuesto fáctico** o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado.

Este requisito comporta, a su vez, la exigencia de que el vicio procesal de la **falta de claridad** debe **ubicarse en el hecho probado**, debe ser **interna** y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser **gramatical**, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La **incomprensión**, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar **causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia**. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o **vacío en la descripción histórica del hecho** que se declara probado.

d) La falta de claridad puede concurrir ante **omisiones del hecho probado** cuando la misma tenga transcendencia en la calificación.

#### 6683 Contradicción manifiesta

La doctrina jurisprudencial reiterada ( TS 21-5-03, EDJ 30170 ; 12-12-01, EDJ 54067 ; 8-5-01, EDJ 5602 ; 27-11-00, EDJ 40720 ; 31-10-07, EDJ 199770 ), señala que para que pueda prosperar este motivo deben producirse los siguientes requisitos:

a) Que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el **sentido gramatical de la palabra**. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una **contradicción en sentido propio**, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual.

b) Debe ser **insubsanable**, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

c) Que sea **interna en el hecho probado**, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un

indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) Que sea **completa**, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias.

e) La contradicción ha de **producirse respecto a algún apartado del fallo**, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

f) Que sea **esencial**, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la materia exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

#### 6684 Predeterminación del fallo

El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su **estimación**, según reiterada doctrina jurisprudencial ( TS 14-6-02, EDJ 23938 ; 28-5-03, EDJ 30209 ; 18-6-04, EDJ 82757 ; 11-1-05, EDJ 4953 ; 11-12-06, EDJ 325644 ; 26-3-07, EDJ 21017 ; 30-12-10, EDJ 298196 ):

- que se trate de **expresiones técnico-jurídicas** que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- que tales expresiones sean tan solo **asequibles** por regla general **para los juristas** y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- que tengan **valor causal** respecto al fallo; y
- que **suprimidos** tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

Este vicio **no** es viable cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el **lenguaje común**, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más **claridad semántica** que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

#### 6685 Defectos en la composición del tribunal

El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente acerca de esta cuestión y manifiesta que el **cambio de miembros del tribunal** constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al faltar un principio tan importante como es el de inmediación ( LECr art.741 ), en cuanto declara la **competencia exclusiva y excluyente** de la sala de instancia para valorar la prueba practicada ( TS 4-6-04, EDJ 259927 ). La necesidad de que la deliberación, votación y fallo de la sentencia sean llevados a efecto por los **magistrados** del tribunal que hayan estado **presentes en todas las sesiones del juicio**, constituye una exigencia fundamental del proceso, cuyo incumplimiento determina la nulidad de la correspondiente resolución judicial ( LOPJ art.238.3º y 249 s.; LECr art.741 ; TS 3-5-99, EDJ 7973 ; 26-5-03, EDJ 80518 ; 16-12-05, EDJ 244451 ; 21-7-09, EDJ 211082 ).

#### 6686 Otras causas

Además de las expuestas, y como defectos de la sentencia que producen quebrantamiento de forma, han de citarse:

- la **incongruencia omisiva** (véase el requisito de congruencia en la sentencia, nº 6632 ); y
- la **falta de correlación entre acusación y fallo** (véase en los requisitos internos de la sentencia la correlación entre acusación y fallo, nº 6636 ).

### C. Procedimiento

6690 Se expone a continuación, un cuadro explicativo en el que se detallan las fases del procedimiento del recurso de casación.

<b>PREPARACIÓN</b> (LECr art.855 a 871)	
Escrito de preparación Ante el órgano <i>quo</i> (5 días desde la notificación de la resolución)	
Decisión sobre la preparación <b>AUTO</b>	
Denegación preparación ↓ Recurso de queja	Tener por preparado recurso - Expide testimonio - Remite certificación de actuaciones - Emplaza a las partes ante el TS
<b>INTERPOSICIÓN</b> Órgano <i>ad quem</i> (LECr art.873 a 880)	
Incomparecencia del recurrente ↓ <b>AUTO</b> Declarando desierto el recurso con condena de costas al recurrente	Escrito 1. El fundamento o fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos, encabezados con un extracto de su contenido 2. El artículo de la Ley que autorice cada motivo 3. La reclamación contra la falta y su fecha 4. Facultativamente, la solicitud de vista Documentos 1. Testimonio de la sentencia con copia 2. Copia del recurso 3. Acreditación de haber efectuado el depósito
<b>SUSTANCIACIÓN</b> (LECr 880 a 893)	
Traslado al resto de las partes 10 días ↓ Escrito de adhesión o de impugnación ↓ <b>AUTO</b> Decisión sobre la admisión ↙ ↘	
Inadmisión por unanimidad Irrecurable	Admisión Irrecurable
Convocatoria y celebración de vista en su caso	
<b>RESOLUCIÓN</b> (LECr 893 bis a 906)	
Sentencia (irrecurable)	
Desestima el recurso, condena en costas al recurrente y pérdida del depósito	Estima el recurso: a) Si la infracción estimada es de forma, anula el procedimiento y retrotrae actuaciones b) Si la infracción es de fondo, revoca la resolución y dicta una nueva

## V. Medios de rescisión de sentencias firmes

6692	A. Recurso de anulación	6693
	B. Revisión penal	6695

### A. Recurso de anulación

**6693** La **sentencia dictada en ausencia**, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación.

El Acuerdo de referencia, que contiene como único asunto el **recurso de apelación**, hace las siguientes puntualizaciones ( Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 25-2-00, EDJ 40303 ):

1º. Corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo la **competencia** para el conocimiento de los recursos de anulación prevenidos en la LECr cuando se interpongan contra sentencias que, excepcionalmente, hayan dictado en ausencia las audiencias provinciales (o, en su caso, la Audiencia Nacional o los tribunales superiores de justicia), en los supuestos legalmente prevenidos en la LECr art.793.2 .

2º. El recurso tiene **naturaleza rescindente** y su **contenido** se limitará a controlar si el tribunal sentenciador ha respetado escrupulosamente los requisitos legales que exige el juicio en ausencia, dado que cualquier otra cuestión ha podido plantearse por la representación legal del condenado a través del recurso de casación dentro del plazo ordinario prevenido para recurrir contra la sentencia. En caso de **incumplimiento** de dichos requisitos se declarará la nulidad del juicio respecto del ausente, que deberá repetirse ante el tribunal competente.

3º. Únicamente podrá acordarse la práctica de **pruebas referidas** específicamente a la **concurrencia o no de los requisitos** legalmente prevenidos para la **celebración del juicio en ausencia**. La prueba podrá practicarse, por auxilio jurisdiccional, en la sede del órgano jurisdiccional de instancia.

4º. El **límite punitivo** legalmente prevenido para el juicio en ausencia (pena que no exceda de un año de privación de libertad o de 6 años, si fuese de otra naturaleza), se refiere a la pena solicitada en la calificación provisional acusatoria, que es aquella de la que ha sido informado el acusado, estimándose que constituye un **fraude de ley** eludir dicha limitación legal mediante la modificación inmediatamente anterior al juicio de la calificación acusatoria, sin conocimiento del ausente ( TS 8-3-00, EDJ 2232 ; 12-5-00, EDJ 8652 ).

## B. Revisión penal

(LECr art.954 a 961 )

**6695** La revisión es instrumento que sirve al ejercicio del derecho a obtener la **invalidación de la sentencia** que ha ganado firmeza, en los casos en que el legislador, en esa colisión comprometida entre seguridad y justicia, abre vías para rescindir un proceso anterior, y que alcanzan a una las garantías fundamentales contenidas en la Const art.24.1 y, por tanto, las de acceso a la revisión y al conocimiento de la pretensión revisora en el proceso debido, asegurando el **contenido esencial** de este derecho instrumental ( TCo 13/2008 ).

### 1. Resoluciones susceptibles de revisión

(LECr art.954)

---

**6696** Son revisables las **sentencias firmes de condena**, pues en el caso de ser absolutoria la sentencia errónea, prevalece de forma absoluta la cosa juzgada, pues solo cabe revisión de sentencias condenatorias.

### 2. Motivos de revisión

(LECr art.954)

---

**6697** Se enumeran de forma taxativa en la Ley:

- a) Sentencias **contradictorias**.
- b) Sentencias dictadas cometiendo **prevaricación** de jueces y magistrados.
- c) Sentencias obtenidas como consecuencia de la **comisión de un delito**.
- d) Cuando tras la sentencia surgen **nuevos hechos o pruebas**.
- e) En caso de **duplicidad de sentencias**, esto es, cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes. Este motivo ha sido introducido por la reforma de 2015 pero ya había sido contemplado con anterioridad por la jurisprudencia ( TS 21-3-11, EDJ 242256 ).
- f) Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en **violación** de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los **Derechos Humanos** y

**Libertades Fundamentales** y sus protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

#### 6698 Sentencias contradictorias

1. En **cuestiones prejudiciales no penales**. Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.

2. En sentencias de **decomiso autónomo**. Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte.

#### 6699 Sentencias dictadas cometiendo prevaricación de jueces y magistrados

Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto.

#### 6700 Sentencia obtenida como consecuencia de la comisión de un delito

Cabe revisión cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un **documento o testimonio** declarados después **falsos**, la **confesión** del encausado arrancada **por violencia o coacción** o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.

Es necesario para que sea apreciado este motivo, que haya existido otro pronunciamiento también firme en causa criminal que ponga de manifiesto la **existencia de otro hecho punible**. Al efecto, la LECr art.954.3º nos habla de **documento o testimonio declarados falsos**, de confesión arrancada por violencia o exacción, terminando con una fórmula abierta cuando dice «o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero». Dentro de tales amplios términos han de considerarse incluidos en principio todos los hechos punibles, tanto los de **acción** como los de **omisión**, y, dentro de estos últimos, tanto los de **omisión propia**, como lo es en parte el definido en el CP art.460 aplicado en el caso presente, como los de **omisión impropia** o **comisión por omisión** a que se refiere actualmente el CP art.11 . Además es necesario que entre este hecho punible posterior y aquella condena anterior que el culpable está sufriendo, y que se pretende anular mediante el recurso de revisión, exista una relación tal que pueda afirmarse que dicho **hecho punible posterior** ha servido de «**fundamento**» **para esa otra condena anterior**. Esta expresión -«fundamento»-, que utiliza la LECr art.954.3º , ha de interpretarse de modo amplio de modo que abarque todos aquellos casos en que, mediante un **juicio razonable de probabilidad**, pueda afirmarse que, de no haberse producido tal hecho punible posterior, la referida condena anterior no habría tenido lugar ( TS 23-7-03, EDJ 110593 ).

#### 6701 Nuevos hechos o pruebas

Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la **absolución** o una **condena menos grave**.

Respecto a las nuevas pruebas dice el Tribunal Supremo que no es posible revisar nuevamente la actividad probatoria llevada a cabo para poner de manifiesto que tal condena supuso un **error judicial**. Solamente es posible plantear en un recurso de revisión la **práctica de nuevas pruebas** cuando ( TS 30-9-04, EDJ 147784 ):

- sean de posterior aparición a la fecha de la firmeza de la sentencia que se pretende revisar, o conocidas entonces por el recurrente;
- se trate de pruebas inequívocamente concluyentes a los efectos de evidenciar la inocencia del condenado;
- que tales pruebas no hayan podido proponerse con anterioridad a la celebración del juicio oral, por causas que resulten de razonable apreciación.

Respecto a los **nuevos hechos** comprende una gran variedad de supuestos comprendiendo no solo los hechos **materiales** sino también los **jurídicos** ( TS auto 12-4-04, EDJ 304611 ) sin embargo no se puede considerar hecho nuevo al cambio de la jurisprudencia que determine la absolución en aquellos casos que antes se condenaba ( TS auto 17-5-99, EDJ 800966 en contra TCo 150/1997 ).

### 3. Legitimación

---

#### 6702 Puede ser:



a) **Directa.** Están legitimados para promover e interponer, en su caso, el recurso de revisión, el penado y, cuando este haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes ( LECr art.955 ).

El Fiscal General del Estado podrá también interponer el recurso siempre que tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y que, a su juicio, haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que haya practicado ( LECr art.961 ).

b) **Institucional.** El Ministerio de Justicia, previa formación de expediente, podrá ordenar al Fiscal del Tribunal Supremo que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiese fundamento bastante para ello ( LECr art.956 ).

c) **Específica.** En el supuesto de la LEC art.954.3 la revisión solo puede ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

#### 4. Procedimiento

(LECr art.957 a 961 )

6703 El cuadro que se presenta a continuación muestra el procedimiento de revisión penal.

<b>Juicio rescindente</b>	
Ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo	
<b>Inicio</b> ( LECr art.957 )	
Escrito motivado solicitud de autorización para interponer la revisión. Práctica de diligencias en caso de dudas razonables AUTO ( LECr art.957 )	
Denegación de autorización	Autorización 15 días para interposición
Escrito de interposición ( LECr art.957 <i>in fine</i> )	
<b>Desarrollo</b> ( LECr art.959 )	
Citación a los sujetos condenados	
Alegaciones escritas, partes y Ministerio Fiscal	
Celebración de vista, en su caso (igual al recurso de casación)	
<b>Decisión</b>	
Sentencia	
Irrecurrible ( LECr art.959 <i>in fine</i> )	
Confirma firmeza	Rescinde sentencia
<b>Juicio rescisorio</b>	
Ante el órgano competente para el caso concreto	
<b>Inicio</b>	
Acordado por el órgano competente una vez recibida la rescisión de la sentencia firme de condena	
<b>Desarrollo</b>	
Realización de los trámites ordinarios según el procedimiento correspondiente: ( LECr art.958 )	
1º. Sentencias contradictorias y 3º. Sentencia obtenida como consecuencia de la comisión de un delito Se vuelve a juzgar a aquellas personas que fueron condenadas por la sentencia firme rescindida, pues la existencia de estos motivos de revisión no significa que dichas personas sean inocentes	
4º. Nuevos hechos o nuevas pruebas Como la inocencia ha quedado demostrada, el juicio rescisorio se dirige a descubrir al verdadero responsable del delito.	

<b>Juicio rescisorio</b> Ante el órgano competente para el caso concreto	
<b>Decisión</b>	
Sentencia	
Absolutoria (posibilidad de reclamar indemnización al Estado) ( LECr art.960 párrafo 2º ) Cuando la sentencia sea absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que haya lugar según el derecho de este a repetir contra el juez o tribunal sentenciador que hubieran incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos.	Condenatoria (frente a uno solo de los sujetos, otro distinto, menos grave) ( LECr art.960 párrafo 1º ) Cuando por consecuencia de la sentencia firme anulada hubiese sufrido el condenado alguna pena corporal, si en la nueva sentencia se le impusiese otra, se tendrá en cuenta para el cumplimiento de esta todo el tiempo de la anteriormente sufrida y su importancia.

SECCIÓN 4

## Ejecución de la sentencia

6705	I. Aspectos generales de la ejecución	6706
	II. Cumplimiento de penas	6710

### I. Aspectos generales de la ejecución

(Const art.25.2 y 117.3; LO 1/1979; RD 190/1996; LOPJ art.65.2; LECr art.983 a 998 ; CP Tít. III Cap. II y III, Tít IV y V; LEC art.712 a 720 )

- 6706 El **título ejecutivo** es la sentencia de condena firme, llamada también ejecutoria, pues solo se procederá a la ejecución provisional de sentencias definitivas respecto de los pronunciamientos patrimoniales sobre responsabilidad civil.

#### Precisiones

Para un **estudio detallado** de la ejecución de sentencia penal, ver nº 3350 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.

6707 **Competencia funcional**

Depende del proceso. En el **juicio por delitos leves** ( LECr art.984 ) corresponde al órgano que haya conocido del juicio. Cuando no pudiera practicar por sí mismo todas las diligencias necesarias se dirigirá al órgano judicial de la circunscripción en que deban tener efecto, para que las practique.

En el **juicio ordinario por delitos** ( LECr art.986 ) será el que dicte la sentencia firme.

En el **proceso penal abreviado por delitos** ( LECr art.795.5 ) será el que dicte la sentencia firme y en el **proceso de menores**, el juzgado de menores o el juzgado central de menores que haya dictado la sentencia ( LO 5/2000 art.44 ).

En cuanto a **reglas especiales**, son competentes los juzgados de vigilancia penitenciaria y juzgados centrales de vigilancia penitenciaria ( LOPJ art.94.1 y 4 ; LO 1/1979 art.76.1 ; LO 5/2003 ). Respecto de las **penas privativas de libertad**, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá de la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros ( LOPJ art.65.2 ) y la Audiencia Nacional y juzgados centrales de instrucción conocerán de los procedimientos de ejecución de órdenes europeas de detención y entrega y procedimientos de **extradición pasiva** ( LOPJ art.65.4º y 88 ; LO 2/2003 ).

6708 **Principios informadores**

El **principio de legalidad** y la finalidad de **reeducación** y **reinserción social**, inicio y desarrollo de oficio e intervención preceptiva del Ministerio Fiscal ( Instr 1/2010 , de 29-7 , Funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales).

6709 **Clases**

Debe distinguirse la **ejecución de pronunciamientos penales** de:

- penas privativas de libertad;
- privativas o restrictivas de derechos;
- de contenido patrimonial y medidas de seguridad; y

- ejecución de pronunciamientos civiles.

## II. Cumplimiento de las penas

6710 Hay que diferenciar entre las penas:

- privativas de libertad (nº 6711 );
- privativas de derechos (nº 6726 ); y
- pena de multa (nº 6727 ).

### A. Penas privativas de libertad

(LO 1/1979 art.17 y 76 ; RD 190/1996 art.24 y 25 ; LOPJ art.65 , 82 y 94 )

6711 Órganos jurisdiccionales y administrativos competentes

Se enumeran los siguientes:

- Órgano jurisdiccional con competencia funcional que determina la pena aplicable, su liquidación, acordando el ingreso en el centro penitenciario que corresponda y aprueba la libertad definitiva.
- Administración penitenciaria que controla la gestión y el cumplimiento efectivo de la condena aplicando en su caso el reglamento de régimen interno y también formula las propuestas que le son encomendadas tanto de alteración como de licenciamiento.
- Los juzgados de vigilancia penitenciaria y juzgados centrales de vigilancia penitenciaria.

6712 Clases de penas y grados de internamiento

Pueden imponerse las siguientes penas:

- Pena **grave** (prisión superior a 5 años).
- Pena **menos grave** (prisión de 3 meses a 5 años).
- Pena **menos grave o leve** (responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y dependiendo de la pena que sustituya puede ser ingreso en prisión, localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad).
- Pena **leve**: localización permanente hasta 12 días continuados o alternos en régimen de fin de semana).

En lo que se refiere a los **grados**, se pueden establecer los siguientes:

- **primero** (régimen cerrado);
- **segundo** (régimen ordinario); y
- **tercero** (régimen abierto y con posibilidad de libertad condicional).

6713 Procedimiento

Se siguen diferentes trámites según se trate de:

6714 Sustitución de las penas privativas de libertad

(CP art.88 -derog LO 1/2015- y 89; RD 840/2011 art.19)

Una vez **firmada la sentencia**, los jueces o tribunales pueden sustituir las penas en la forma prevista legalmente, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en **auto motivado**, antes de dar inicio a su ejecución.

En cuanto al **régimen general** ( CP art.88 derog LO 1/2015):

- Se puede sustituir cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente.
- Las penas de prisión que no excedan de un año: por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad.
- Las penas de prisión que no excedan de seis meses: también por localización permanente
- Excepcionalmente (reos no habituales), las penas de prisión que no excedan de 2 años por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Por lo que se refiere a la **violencia de género** ( CP art.88.1 párrafo 2º derog LO 1/2015), en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión solo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima.

La sustitución de penas que, con carácter general se regulaba antes de la reforma operada por LO 1/2015, desaparece con la entrada en vigor de esta, que suprime el CP art.88. Las reglas que siguen son solo aplicables, pues, a **hechos acaecidos** antes del día 1-7-2015.

**6714.1 El ciudadano extranjero** sancionado con **pena de prisión superior a un año** será expulsado del territorio español ( CP art.89 ). Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal puede acordar la ejecución de una parte de la pena que no puede ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquel acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

Si la **pena** impuesta es **superior a 5 años** de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal puede acordar la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

**No procede la sustitución** cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

La expulsión de un **ciudadano de la Unión Europea** solamente procede cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales o si, habiendo residido en España durante los 10 años anteriores haya sido condenado por:

- uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de 5 años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza; o

- uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

**No pueden sustituirse** las penas impuestas por la comisión de los siguientes **delitos**:

- trata de seres humanos ( CP art.177 bis );

- tráfico ilegal de mano de obra ( CP art.312 );

- favorecer la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación ( CP art.313 ); y

- contra los derechos de los ciudadanos extranjeros ( CP art.318 bis ).

### **6715 Suspensión de penas privativas de libertad**

(CP art.80 a 87 ; RD 840/2011 art.13 a 18 )

Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad **no superiores a 2 años** mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra este. Se trata de una **opción facultativa del juzgador** pues, aún reuniendo los requisitos previstos en la ley podrá denegarla en resolución motivada con exigencia de específica motivación ( TCo 25/2000 ; 163/2002 ; 110/2003 ; 202/2004 ; 320/2006 y 57/2007 ).

Serán **condiciones necesarias** para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1. Que el condenado haya delinquido por primera vez (sobre la delincuencia primaria TS 7-12-94, EDJ 9791 ).

2. Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a 2 años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, salvo que el juez o tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

**Excepción:** Aún cuando no se cumplan los requisitos 1 y 2 excepcionalmente podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad **no superiores a 5 años** de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su drogodependencia siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión ( RD 840/2011 art.14 a 18 ).

En el **enjuiciamiento rápido de determinados delitos** ( LECr art.801.3 ) bastará con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieran originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

El **plazo de suspensión** será de 2 a 5 años para las penas privativas de libertad inferiores a 2 años, y de 3 meses a un año para las penas leves y se fijará por los jueces o tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

El **procedimiento**, una vez firme la sentencia habrá una audiencia de las partes ante el juez, que a la mayor urgencia se pronunciará sobre la suspensión de la ejecución, que en caso favorable quedará condicionada a que el reo no delinca en los plazos fijados por el órgano jurisdiccional. Si la **pena suspendida fuese de prisión**, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado.

El **quebrantamiento** supondrá que si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el juez o tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena y si incumple las obligaciones o deberes accesorios podrá el juez o tribunal decretar la sustitución por otra regla de conducta o prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de 5 años o revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

#### 6716 Improcedencia de la sustitución de las penas privativas de libertad y de la suspensión de la ejecución

Al juez o tribunal le corresponderá proceder a fijar el **límite del cumplimiento de las penas** impuestas conforme a lo dispuesto en el CP art.76 ( LECr art.988 párrafo 2º I ; TS 3-4-07, EDJ 23349 ). Además practicará la **liquidación de condenas**, acto seguido se dará **vista** al Ministerio Fiscal para que informe, y se dictará auto aprobando la liquidación que se notificará al interesado y al centro penitenciario. A partir de aquí las **demás incidencias sobre la ejecución de la sentencia** será competencia del juez de vigilancia penitenciaria, salvo la aprobación del cumplimiento definitivo de la condena y en caso de que se tramite el indulto, tendrá también la facultad de informar. Para el **cumplimiento de las penas** se aplicará lo establecido en la Ley General Penitenciaria y su Reglamento, durante este periodo deberá tenerse en cuenta la aplicación tanto de los beneficios penitenciarios como la aplicación del régimen disciplinario que podrán suponer un alargamiento o por el contrario una reducción de la condena impuesta. Se clasifica a los internos en uno de los tres **grados del sistema progresivo**: Primero (régimen cerrado), segundo (régimen ordinario) y tercero (régimen abierto y con posibilidad de libertad condicional) ( LO 1/1979 art.72 ; RD 190/1996 art.101 ).

#### 6717 Beneficios penitenciarios

La Ley establece los siguientes beneficios:

#### 6718 Libertad condicional

(CP art.90 a 92 ; RD 190/1996 art.192 a 201 )

Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad, condicionada a la satisfacción de la **responsabilidad civil** en la forma prevista en las leyes ( LO 1/1979 art.72.5 y 6 ), para aquellos sentenciados en quienes concurren las **circunstancias** siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

En el caso de personas condenadas por delitos referentes a **organizaciones y grupos terroristas** y **delitos de terrorismo** o cometidos en el seno de **organizaciones o grupos criminales**, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una **declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas** y de **abandono de la violencia** y una petición expresa de **perdón a las víctimas** de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

#### 6719 Adelantamiento de la libertad condicional

(RD 190/1996 art.205)

Las juntas de tratamiento de los centros penitenciarios, previa emisión de un pronóstico **individualizado y favorable de reinserción social**, podrán proponer al juez de vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los **penados** clasificados **en tercer grado**, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su

condena o condenas y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el Código Penal.

#### 6720 Indulto particular

(RD 190/1996 art.206)

La junta de tratamiento, previa propuesta del equipo técnico, podrá solicitar del juez de vigilancia penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la **cuantía** que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurren, de **modo continuado** durante un tiempo mínimo de 2 años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes **circunstancias**:

- Buena conducta.
- Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
- Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

La **tramitación del indulto** a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen.

#### 6721 Modificación del tratamiento penitenciario

La modificación del tratamiento puede consistir en:

#### 6722 Progresiones o regresiones de grado

(LO 1/1979 art.72.5 y 6; RD 190/1996 art.102 a 106 )

La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la **responsabilidad civil** derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las **condiciones personales y patrimoniales** del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las **garantías** que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el **daño o entorpecimiento** producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por **delitos de terrorismo** o cometidos en el seno de **organizaciones criminales**, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una **declaración expresa de repudio** de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

#### 6723 Recompensas

(RD 190/1996 art.263 y 264 )

Los actos que pongan de manifiesto **buena conducta, espíritu de trabajo** y sentido de la **responsabilidad** en el comportamiento de los internos, así como la **participación positiva** en las actividades asociativas reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el establecimiento, serán estimulados con alguna de las siguientes recompensas:

- comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales;
- becas de estudio, donación de libros y otros instrumentos de participación en las actividades culturales y recreativas del centro;
- prioridad en la participación en salidas programadas para la realización de actividades culturales;
- reducciones de las sanciones impuestas;
- premios en metálico;
- notas meritorias;

- cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios.

#### 6724 Permisos de salida

(LO 1/1979 art.47; RD 190/1996 art.154 s.)

En caso de **fallecimiento o enfermedad grave** de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por **importantes y comprobados motivos**, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales.

Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de 7 días como **preparación para la vida en libertad**, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

#### 6725 Régimen disciplinario

(LO 1/1979 art.41 a 45 ; RD 190/1996 art.231 a 262 )

El régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la **seguridad** y conseguir una **convivencia ordenada** y ningún interno desempeñará servicio alguno que implique el ejercicio de facultades disciplinarias.

Los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley.

Las **infracciones disciplinarias** se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves.

No podrán imponerse otras **sanciones** que:

- aislamiento en celda, que no podrá exceder de 14 días;
- aislamiento de hasta 7 fines de semana;
- privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a 2 meses;
- limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo;
- privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo;
- amonestación.

## B. Penas privativas de derechos

(CP art.39 , 40 a 45 , 46 , 47 , 48 y 49 )

6726 El Código enumera las siguientes:

1. La inhabilitación absoluta ( CP art.40 y 41 ).
2. Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho ( CP art.40 y 44 a 45 ).
3. La suspensión de empleo o cargo público ( CP art.40 y 43 ).
4. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores ( CP art.40 y 47 ).
5. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas ( CP art.40 y 47 ).
6. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
7. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal ( CP art.48 ).
8. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal ( CP art.48 ).
9. Los trabajos en beneficio de la comunidad ( CP art.49 ; RD 840/2011 art.3 a 11 ).
10. La privación de la patria potestad ( CP art.46 ).

## C. Pena de multa

(CP art.50 a 52 )

**6727** La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una **sanción pecuniaria** por el **sistema de días-multa**.

Su **extensión mínima** será de 10 días y la máxima de 2 años. Las penas de multa imponibles a **personas jurídicas** tendrán una extensión máxima de 5 años.

La **cuota diaria** tendrá un mínimo de 2 y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de **cómputo**, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360 días.

Los jueces o tribunales determinarán motivadamente la **extensión de la pena** dentro de los límites establecidos para cada delito. Igualmente, fijarán en la sentencia, el **importe de estas cuotas**, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

### SECCIÓN 5

## Proceso penal abreviado

<b>6728</b>	Principios	6729
	Sujetos	6730
	Objeto	6731
	Procedimiento	6732

### **6729** Principios

El proceso penal abreviado está presidido por los siguientes principios:

a) Principio **de celeridad**. Está presente:

- en la fase de instrucción ( LECr art.773.1 párrafo 2º, 762 a 765 , 779.1.5ª );
- en la fase de preparación del juicio oral ( LECr art.780.1.1º fine y 2, 784.3, 787 );
- en la fase de juicio oral ( LECr art.786.2, 787 , 788.1, 789.2 ).

b) Principios **jurídico-naturales**. Se trata de los principios de:

- audiencia ( LECr art.775 y 786.1 );
- igualdad: Parece quebrar en dos momentos del proceso: LECr art.780.1 y 2 .

### **6730** Sujetos

Intervienen en este proceso:

1. Órgano jurisdiccional: Competencia ( LOPJ art.65 , 82 , 87 , 88 y 89 bis ; LECr art.14 ).
2. El Ministerio Fiscal ( LECr art.773.1 ).
3. Partes acusadas. El derecho de defensa ( LECr art.767 , 768 , 775 y 784.1 ).
4. La policía judicial ( LECr art.769 a 772 ).

### **6731** Objeto

(LECr art.757)

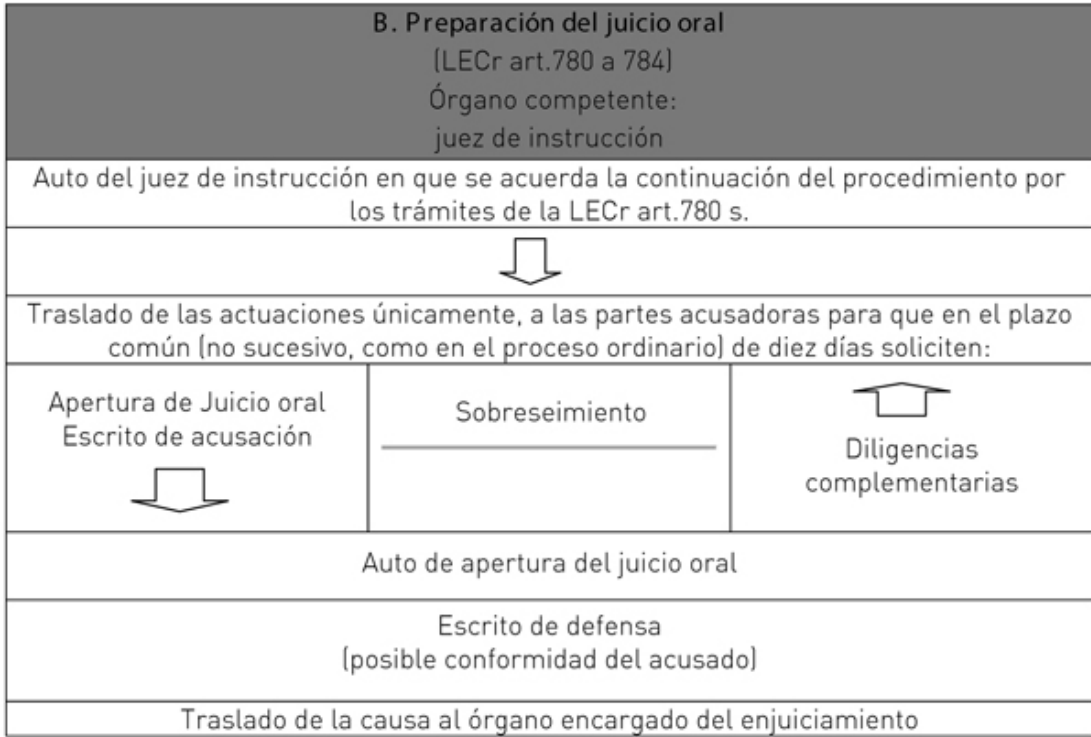
Se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con **pena privativa de libertad** no superior a 9 años, o bien con **cualesquiera otras** penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

### **6732** Procedimiento

Exponemos a continuación un esquema del procedimiento, que resume todas las cuestiones que han sido puntualmente desarrolladas en las secciones 1, 2, 3 y 4 (nº 6005 s. , nº 6450 s. , nº 6645 s. y nº 6705 s. ).



<b>A. Instrucción: diligencias previas</b>
<b>Iniciación</b>
<p><b>1) Diligencias previas (LECr art.774 a 779)</b></p> <p>1º Sólo las actuaciones judiciales pueden dar lugar a su incoación</p> <p>2º Únicamente pueden incoarse diligencias previas en las causas que deban tramitarse por los cauces del procedimiento abreviado.</p> <p>3º Las diligencias previas deben ser registradas con el número correspondiente en el Libro-Registro.</p> <p>4º. Contenido: Determinar la naturaleza y circunstancias del hecho; las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación</p> <p><b>2) Comparecencia del imputado y las notificaciones (LECr art.775)</b></p> <p><b>3) Comparecencia del ofendido y perjudicado (LECr art.776)</b></p>
<b>Desarrollo</b>
<p><b>1) Actos de investigación (LECr art.762 y 778)</b></p> <p>1º Comunicación directa en cooperación judicial (LECr art.762.2)</p> <p>2º Citaciones (LECr art.762.3)</p> <p>3º Simplificación en la inserción de requisitorias (LECr art.762.4º)</p> <p>4º Copias y documentos (LECr art.762.5º y 11º)</p> <p>5º Piezas separadas en los delitos conexos (LECr art.762.6º)</p> <p>6º Aportación de DNI (LECr art.762. 7º)</p> <p>7º Intérprete sin título oficial (LECr art.762.8º)</p> <p>8º Acreditación de la preexistencia de la cosa (LECr art. art.762.9º)</p> <p>9º Informes y declaraciones (LECr art.762.10º)</p> <p>10º Peritos (LECr art.778. 1)</p> <p>11º Sanación de lesiones (LECr art.778.2)</p> <p>12º otras peculiaridades (LECr art.778.3,4 y 5)</p> <p><b>2) Medidas cautelares (LECr art.763 a 765)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sin especialidades respecto a las de naturaleza personal (LECr art.763)</li> <li>- Especialidad en relación a las de naturaleza real (LECr art.764 1 y 2)</li> <li>- Regulación de la responsabilidad civil cubierta por seguro obligatorio (LECr art.764. 3 I)</li> <li>- Regulación sistemática de las medidas reguladas por el uso y circulación de vehículos de motor (LECr art.764.4. y 765)</li> </ul>
<b>Terminación</b>
<p><b>Resoluciones a adoptar al término de la instrucción</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• No existe un «auto de conclusión del sumario»</li> <li>• Resoluciones posibles: LECr art.779 <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Sobreseimiento</li> <li>b) Si el hecho es constitutivo de faltas, remisión al competente</li> <li>c) Si el hecho delictivo corresponde a la jurisdicción militar inhibición a favor del órgano competente</li> <li>d) Si los imputados son menores de edad traslado al Fiscal de Menores</li> <li>e) Si es uno de los delitos que corresponde al procedimiento penal abreviado se continua con la preparación del juicio oral</li> <li>f) Posible conformidad</li> </ul> </li> </ul>



C. Juicio oral (LECr art.785 a 789)
<b>Auto</b>
1.º Admisión o inadmisión de las pruebas propuestas 2.º Se prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada 3.º Se señalará el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral 4.º Se ordenará el libramiento de las comunicaciones necesarias para asegurar la práctica de las pruebas que sean propuestas y admitidas, cuando así lo hubiesen solicitado las partes.
<b>Posible celebración del juicio en ausencia del acusado:</b>  <b>Requisitos:</b> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Que el acusado haya sido citado en forma personalmente</li> <li>2.- Que no comparezca sin justificación</li> <li>3.- Que el Ministerio Fiscal o la parte acusadora soliciten la continuación del proceso</li> <li>4.- Que sea oída la defensa</li> <li>5.- Que el juez o tribunal entiendan que hay elementos suficientes para la causa</li> <li>6.- Que la pena solicitada no exceda de 2 años si es privativa de libertad o de 6 años si es de cualquier otra naturaleza.</li> </ol>
<b>Turno de intervenciones (LECr art.786.2)</b>
Leídos por el secretario judicial los escritos de acusación y defensa, solicitado por las partes comienza el «turno de intervenciones», que el juez o tribunal ha de resolver en el mismo acto. <b>Su contenido:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La competencia del órgano judicial</li> <li>- La vulneración de algún derecho fundamental</li> <li>- La existencia de artículos de previo pronunciamiento y nulidad de actuaciones</li> </ul>
Conformidad con la acusación y con la pena (LECr art.787)
Práctica de la prueba (LECr art.788.1 y 2)
Conclusiones definitivas (LECr art.788.3, 4 y 5)
Informes (LECr art.788.3)
Facultad de «interpelación del juez» (LECr art.788.3.II)
Acta (LECr art.788.6)

D. Sentencia (LECr art.789)
1º- A los 5 días de la finalización de juicio oral 2º- Puede dictarse de forma oral en el mismo acto 3º- Puede adquirir firmeza: <ul style="list-style-type: none"> <li>- la dictada por el juez de lo penal</li> <li>- si las partes manifiestan su decisión de no recurrir</li> </ul> 4º- Correlación entre acusación y defensa
<b>E. Sistema de recursos</b> (Véase Sección 3. Recursos -nº 6645 s.-)

## SECCIÓN 6

# Juicio por delitos leves

(LECr art.962 a 977)

6735	Procedimiento en primera instancia	6737
	Procedimiento en segunda instancia	6738
6736	La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula este proceso en el Libro VI y tiene por <b>objeto</b> el conocimiento de los hechos ilícitos calificados como delitos leves en el Código Penal sustituyendo al de las antiguas faltas que a raíz de la reforma	

del Código Penal por la LO 1/2015 han desaparecido como tales. Se trata de un proceso que goza de las mismas características que al que sustituye en el cual no existe fase de instrucción ni fase intermedia y sigue siendo tan rápido y concentrado como el anterior.

El juicio por delitos leves es un **proceso ordinario** porque se atiende a la gravedad de la pena de los hechos ilícitos que constituyen su objeto, por ello son delitos leves los que la ley les tiene señalada una pena leve ( CP art.13.3 ).

Son **penas leves** ( CP art.33.4 ):

- a) La privación del derecho a conducir **vehículos a motor y ciclomotores** de 3 meses a 1 año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de **armas** de 3 meses a 1 año.
- c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los **animales** y para la tenencia de animales de 3 meses a 1 año.
- d) La privación del **derecho a residir** en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a 6 meses.
- e) La prohibición de **aproximarse a la víctima** o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de 1 mes a menos de 6 meses.
- f) La prohibición de **comunicarse con la víctima** o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de 1 mes a menos de 6 meses.
- g) La **multa** de hasta 3 meses.
- h) La **localización permanente** de 1 día a 3 meses.
- i) Los **trabajos en beneficio de la comunidad** de 1 a 30 días.

El **ámbito objetivo** del juicio por delitos leves ha quedado **ampliado** a aquellos delitos menos graves por imperativo del CP art.4 in fine , que establece que cuando la pena, por su extensión, puede considerarse como leve y como menos grave, el delito se considera en todo caso, como leve. Esto ha sido objeto de consideración específica por la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015 y que lo ha venido a denominar como la **degradación sobrevenida** de los siguientes **delitos menos graves**:

<b>Delito</b>		<b>Pena (Multa)</b>
Sustracción de cosa propia ( CP art.236.1 y 2 )	Valor > 400 €	De 3 a 12 meses
	Valor < 400 €	De 1 a 3 meses
Ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular ( CP art.245.2 )		De 3 a 6 meses
Alteración de términos y lindes ( CP art.246.1 y 2 )	Utilidad reportada/pretendida > 400 €	De 3 a 18 meses
	Utilidad reportada/pretendida < 400 €	De 1 a 3 meses
Distracción de aguas ( CP art.247.1 y 2 )	Utilidad reportada/pretendida > 400 €	De 3 a 6 meses
	Utilidad reportada/pretendida < 400 €	De 1 a 3 meses
Apropiación indebida de cosa mueble ajena fuera de los casos específicamente previstos en el CP art.253 ( CP art.254.1 y 2 )	Valor > 400 €	De 3 a 6 meses
	Valor < 400 €	De 1 a 3 meses
Defraudación de energía, fluidos, y telecomunicaciones ( CP art.255.1 y 2 )	Valor > 400 €	De 3 a 12 meses
	Valor < 400 €	De 1 a 3 meses
Uso inconsentido de un terminal de telecomunicaciones ajeno ( CP art.256.1 y 2 )	Perjuicio > 400 €	De 3 a 12 meses
	Perjuicio < 400 €	De 1 a 3 meses
Daños por imprudencia grave en cuantía > 80.000 € ( CP art.267 )		De 3 a 9 meses
Delitos contra la libertad de las personas (sanciona al particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad) ( CP art.163.4 )		De 3 a 6 meses
Daños de valor > 400 €. causados por imprudencia grave en archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga, o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos ( CP art.324 )		De 3 a 18 meses
Falsedad documental:		

Delito	Penal (Multa)
- Librar certificado falso por facultativo ( CP art.397 )	De 3 a 12 meses
- Falsificar, traficar o hacer uso, a sabiendas, de certificación falsa ( CP art.399 )	De 3 a 6 meses
- Fabricación y tenencia de útiles o medios idóneos para cometer dichas falsedades ( CP art.400 )	(1)
Aceptación de propuesta, nombramiento o toma de posesión de un cargo público con conocimiento de su ilegalidad ( CP art.406 )	De 3 a 8 meses
Delitos contra la Administración de Justicia:	
- Imputación falsa de un delito leve ( CP art.456.1.3º )	De 3 a 6 meses
- Destrucción, ocultación o inutilización de documentos o actuaciones procesales ( CP art.465.2 )	
- Proporcionar la evasión de un condenado, preso o detenido por parte de ciertos familiares ( CP art.470.3 )	

(1) Se castiga con la pena señalada en cada caso para los autores.

La **competencia objetiva** corresponde a los juzgados de primera instancia e instrucción -o instrucción- ( LECr art.14.1º ): enjuiciamiento y fallo del resto de los delitos leves, salvo competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer ( CP art.173.2 ).

En cuanto a la **postulación**, no es preceptiva la postulación aunque es potestativo si quisieran ser representadas por procurador y abogado, salvo para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos 6 meses en donde se aplican las reglas generales de postulación y defensa ( LECr art.967.1 ).

Los requisitos de **presencia de las partes** son flexibles, aunque legalmente, si son citados y no acuden, está previsto que puedan ser sancionados con una multa de 200 a 2.000 euros si no alegan justa causa ( LECr art.967.2 ). Puede celebrarse el **juicio en ausencia de la parte acusada**, si es citado en forma, su ausencia es injustificada y el juez no considera necesaria su presencia ( LECr art.971 ). El **denunciado que resida fuera de la demarcación del juzgado** puede no asistir al juicio y dirigir un escrito en su defensa o apoderar a un abogado o a un procurador para que presente alegaciones o pruebas ( LECr art.970 ).

#### Precisiones

Para un **estudio detallado**, nº 1318 s. y nº 2538 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los Formularios Prácticos Proceso Penal.

#### 6737 Procedimiento en primera instancia

Existen tres **modalidades**:

##### 1. Procesos urgentes por delitos leves:

**a)** Ante el juzgado de guardia con citación policial ( LECr art.962 y 963 ). Cuando la policía judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de delito leve de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias, cuyo enjuiciamiento corresponda al juzgado de Instrucción al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial.

**b)** Ante el juzgado de guardia con citación judicial ( LECr art.964 ). Para los supuestos no contemplados en el apartado anterior, cuando la policía judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de algún delito leve, formará de manera inmediata el correspondiente atestado que remitirá sin dilación al juzgado de guardia salvo para aquellos supuestos exceptuados en LECr art.284 .

**2. Proceso ordinario** por delitos leves, ante el juzgado de instrucción fuera del servicio de guardia ( LECr art.965 ). Cuando no fuere posible la celebración del juicio en el servicio de guardia el procedimiento es el que sigue:

#### DILIGENCIAS POLICIALES Y JUDICIALES PREVIAS

( LECr art.962 a 965 )

##### 1) Juicios de delitos leves especiales o inmediatos

( LECr art.962 a 964 )

a) Por **delitos leves** de la **LECr art 962**:

- La **notitia criminis** llega directamente a la policía judicial.
- Realización inmediata de las siguientes **actuaciones** por la policía judicial:

- **Citación** ante el juzgado de guardia (de manera coordinada con él) a los ofendidos y perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos
- Si la competencia para conocer corresponda al **juzgado de violencia sobre la mujer**, la policía judicial ha de realizar las citaciones ante dicho juzgado en el día hábil más próximo. Para la realización de las citaciones antes referidas, la policía judicial fija el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el juzgado de violencia sobre la mujer.
- Apercibimiento de las consecuencias de su **incomparecencia**.
- Apercibimiento a los citados que se puede celebrar el juicio en su ausencia y de que han de comparecer con los **medios de prueba** de que intenten valerse.
- En el momento de la citación se les solicita que designen, si disponen de ellos, una dirección de correo electrónico y un número de teléfono a los que serán remitidas las **comunicaciones y notificaciones** que deban realizarse. Si no los pudieran facilitar o lo solicitaran expresamente, las notificaciones les serán remitidas por correo ordinario al domicilio que designen.
- **Información al denunciante**, ofendido y perjudicado de su derecho a mostrarse parte de la causa.
- **Información** sucinta al **denunciado** de los hechos que se le imputan y de su derecho a ser asistido por abogado. Dicha información se practica en todo caso por escrito.
- Entrega del **atestado** al juzgado de guardia.
- Recibido por el juez de guardia el atestado decide alguna de las siguientes **resoluciones**:
  - 1ª. Acuerda el **sobreseimiento** del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes **circunstancias**:
    - El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor; y
    - no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.
  - 2ª. Acuerda la inmediata **celebración del juicio** en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el juzgado reputara innecesaria su presencia. Asimismo, para acordar la inmediata celebración del juicio, el juzgado de guardia tendrá en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible.
- b) Por **delitos leves distintos** ( LECr art.964 )
  - Cuando la **notitia criminis** llegue directamente a conocimiento de la policía judicial o mediante denuncia o querrela y contenga un hecho que presente los caracteres de algún delito leve.
  - Las **citaciones** se hacen al Ministerio Fiscal, salvo que el delito leve sea perseguible solo a instancia de parte, al querellante o denunciante, si lo hubiera, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos. Al practicar las citaciones, se apercibe a las personas citadas de las respectivas consecuencias de no comparecer ante el juzgado de guardia, se les informa que puede celebrarse el juicio aunque no asistan, y se les indica que han de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse.
  - Recibido el atestado el juez de guardia decide si procede el **sobreseimiento** por las mismas causas que en el supuesto anterior o celebrar el **juicio** de manera inmediata, si concurre que el denunciado esté identificado, que sea posible citar a todas la personas, que hayan comparecido las personas citadas y de no comparecer alguna que no sea necesaria su presencia, que sea posible la práctica de las pruebas propuestas, que sea el competente y le corresponda por normas de reparto.

## 2) Juicios por delitos leves ordinarios ( LECr art.965 )

Se aplica cuando no proceda uno de los dos juicios especiales anteriores, si no fuere posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia, se siguen las **reglas** siguientes:

a) Si el juez estima que la **competencia** para el enjuiciamiento corresponde al propio **juzgado de instrucción**, el letrado de la Administración de Justicia procede en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio sobre delitos leves y a las citaciones procedentes para el día hábil más próximo posible dentro de los predeterminados a tal fin, y en cualquier caso en un plazo no superior a 7 días.

b) Si el juez estima que la competencia para el enjuiciamiento corresponde a **otro juzgado**, el letrado de la Administración de Justicia le remite lo actuado para que se proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones con arreglo a lo dispuesto en la regla anterior

## CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL (COMÚN A ORDINARIO Y ESPECIALES) ( LECr art.966 a 975 )

- Comienzo con la lectura de la **denuncia o querrela** (no se suele hacer).
- Posible planteamiento de **artículos de previo pronunciamiento**.
- Práctica de **pruebas** admitidas por el juez.
- **Intervenciones** de las partes.
- **Acta** por el letrado de la Administración de Justicia.
- **Sentencia in voce** o a los 3 días.

- Posible firmeza de la sentencia.
- Notificación de la sentencia a los ofendidos y perjudicados aunque no hayan sido parte.

#### 6738 Procedimiento en segunda instancia

A efectos de evitar duplicidades innecesarias, véase sección 3, Recursos -nº 6645 s. -).

Existe siempre **doblo instancia** en estos procesos ( LECr art.976 ) por ello, contra la sentencia dictada en primera instancia cabe **recurso de apelación**, que se tramitará de la misma forma que para el procedimiento abreviado pero con las siguientes **peculiaridades**:

- Si el conocimiento del recurso corresponde a las audiencias, por competencia funcional, será resuelto por un solo magistrado.
- No es preceptiva la postulación.
- El recurso debe interponerse en el plazo de 5 días desde su notificación.
- La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito leve aunque no fueran parte en el proceso.
- Contra la sentencia dictada en segunda instancia no cabe recurso alguno.

### SECCIÓN 7

## Procesos penales particulares

6740	1. Proceso contra diputados y senadores. Especialidad del suplicatorio	6741
	2. «Juicios rápidos» por delitos	6742
	3. Proceso ante el tribunal del jurado	6745
	4. Procedimiento por delitos de injurias y calumnias contra particulares	6748
	5. Procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación	6752
	6. Procedimiento de «habeas corpus»	6753
	7. Proceso de menores	6755
	8. Proceso especial por aceptación de decreto	6770
	9. Proceso de decomiso	6775

Para un **estudio detallado** de los procesos penales en particular, ver nº 3600 s. Memento Procesal Penal 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Proceso Penal.

#### 1. Proceso contra diputados y senadores. Especialidad del suplicatorio

(LECr art.750 a 756 ; L 9-2-1912 ; Rgto Congreso Diputados 10-2-1982 art.10 a 14; Rgto Senado 3-5-1994 art.21 y 22 )

6741 El proceso comienza cuando el juez o tribunal que encuentre **méritos para procesar a un senador o diputado** a Cortes por causa de delito, se abstendrá de dirigir el procedimiento contra él si las Cortes estuvieran abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización del cuerpo colegislador a que pertenezca ( LECr art.750 )

La **autorización** reviste la forma de **suplicatorio**, remitiendo con este, y con carácter de reservado, el testimonio de los cargos que resulten contra el senador o diputado, con inclusión de los dictámenes del fiscal y de las peticiones particulares en que se haya solicitado la autorización ( LECr art.756 ; Rgto Congreso Diputados 10-2-1982 art.13 y 14 ; Rgto Senado 3-5-1994 art.22.2 a 22.6 ).

En todo caso, se **suspenderán** por el letrado de la Administración de Justicia **los procedimientos** desde el día en que se dé conocimiento a las Cortes, estén o no abiertas, permaneciendo las cosas en el estado en que entonces se hallen, hasta que el cuerpo colegislador respectivo resuelva lo que tenga por conveniente ( LECr art.753 ; L 9-2-1912 art.6 ).

Si el **Senado o el Congreso negasen la autorización pedida**, se sobreseerá respecto al senador o diputado a Cortes; pero continuará la causa contra los demás procesados ( LECr art.754 ; L 9-2-1912 art.8 ).

#### 2. «Juicios rápidos» por delitos

(LECr art.795 , 796 , 797 y 798 , 799 a 803 )

6742 El **ámbito de aplicación** ( LECr art.795 ) está determinado por las siguientes reglas:

1º. Delitos castigados con **pena privativa de libertad que no exceda de 5 años**, o con **cualesquiera otras** penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de 10 años, cualquiera que sea su cuantía.

2º. Que el proceso penal se incoe en virtud de un **atestado policial** y que la policía judicial haya **detenido a una persona** y la haya puesto a disposición del juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el juzgado de guardia por tener la calidad de **denunciado** en el atestado policial.

3º. Que concorra cualquiera de las **circunstancias** siguientes:

a) Que se trate de **delitos flagrantes**.

b) Que se trate de alguno de los siguientes **delitos**:

- delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el CP art.173.2 ;

- delitos de hurto;

- delitos de robo;

- delitos de hurto y robo de uso de vehículos;

- delitos contra la seguridad del tráfico;

- delitos de daños ( CP art.263 ) causados en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos del Código, cuando la cuantía de los daños no exceda de 400 euros;

- delitos contra la salud pública causados con sustancia o productos que no causen daños graves ( CP art.368.2 );

- delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en el CP art.270 , 273 , 274 y 275 .

c) Que se trate de un hecho punible cuya **instrucción** sea presumible que será **sencilla**.

d) **No será de aplicación**, aunque concurren los requisitos anteriores:

- a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueran conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior.

- en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones.

#### 6743 Procedimiento

Las fases a desarrollar son las siguientes



## 1. Instrucción concentrada

### Actuaciones de la policía judicial [LECr art.796.1º]

Además de la funciones contempladas para la policía judicial en las disposiciones del procedimiento abreviado, deberá practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, las siguientes **diligencias**:

1. Solicitará del facultativo o del personal sanitario copia del informe relativo a la asistencia prestada al ofendido para su unión al atestado policial y solicitará la presencia del médico forense cuando la persona que tuviera que ser reconocida no pudiera desplazarse al juzgado de guardia.
2. Informará a la persona a la que se atribuya el hecho, de su derecho a ser asistido de abogado, o en su caso, recabar del colegio de abogados la designación de un letrado de oficio.
3. Citará a la comparecencia en el en el juzgado de guardia en el día y hora que se les señale:
  - a) A la persona que resulte denunciada
  - b) A los testigos
  - c) A las entidades aseguradoras.
4. Remisión de las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente.
5. Práctica de los controles de alcoholemia.
6. Si no fuera posible la remisión al juzgado de guardia de algún objeto que debiera ser tasado, Solicitará la presencia del perito o servicio correspondiente para que examine y emita informe pericial de un objeto que debiera ser tasado y no fuera posible su remisión al juzgado de guardia.

### Diligencias urgentes ante el juzgado de guardia [LECr art.797 y 798]

El juzgado de guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes. Con la **participación activa del Ministerio Fiscal**. Contra este auto **no cabrá recurso** alguno.

1. Recabará los antecedentes penales del detenido o persona imputada.
2. Si fuera necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados y no se hubiera hecho con anterioridad:
  - a. Recabará los informes periciales solicitados por la policía judicial.
  - b. Ordenará que el médico forense examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial.
  - c. Ordenará la práctica por un perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos.
3. Tomará declaración al detenido o a la persona que resulte imputada. Ante la falta de comparecencia del imputado a la citación policial ante el Juzgado de guardia, podrá ordenar la detención.
4. Tomará declaración a los testigos.
5. Llevará a cabo el ofrecimiento de acciones.
6. Practicará el reconocimiento en rueda del imputado, de resultar pertinente y haber comparecido el testigo.
7. Ordenará, de considerarlo necesario, el careo entre testigos, entre testigos e imputados o imputados entre sí.

8. Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él.
9. Ordenará la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o dentro del plazo de 24 horas.
10. Posibilidad de práctica anticipada de prueba.

**Audiencia a las partes personadas y ministerio fiscal**

Sobre la práctica de nuevas diligencias y adopción de medidas cautelares



Resolución juez de guardia

<p align="center"><b>Auto (oral)</b></p> <p>Ordenando seguir el procedimiento del juicio rápido</p> <p align="center">Irrecurable</p>	<p align="center"><b>Auto</b></p> <p>Ordenando cambio de procedimiento y seguir como diligencias previas del procedimiento penal abreviado</p> <hr/> <p align="center">Recurso de reforma y apelación</p>
---	---

**2. Preparación del juicio oral**  
(LECr art.800 y 801)

Pronunciamiento de las partes personadas y Ministerio Fiscal sobre conveniencia de apertura de juicio oral y ratificación o no de medidas cautelares

<p align="center"><b>AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL</b></p> <p align="center">Irrecurable</p>	<p align="center"><b>AUTO DE SOBRESEIMIENTO (oral)</b></p> <p align="center">Recurso de reforma y apelación</p> <hr/>
--	---

<p align="center"><b>Si no hay acusación particular</b> (LECr art.800.2)</p> <p>Escrito de acusación del Ministerio Fiscal [ de inmediato u oralmente]</p>	<p align="center"><b>Si hay acusación particular</b> (LECr art.800.4)</p> <p>Escrito de acusación Ministerio Fiscal y acusación particular (2 días)</p>
--	---

Si el Ministerio Fiscal no presentara su escrito, el juez requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de 2 días, presente el escrito que proceda.

<p align="center">Si presenta escrito de acusación</p>	<p align="center">Si no lo presenta se entiende que no solicita apertura de juicio oral y solicita sobreseimiento libre</p> <hr/>
--	---

**Escrito de defensa**  
(LECr art.800.2)

<p align="center">Conformidad (LECr art.801)</p> <p align="center">Posible sentencia de conformidad</p> <hr/>	<p align="center">No conformidad Inmediatamente o en un plazo de 5 días previa solicitud</p>
---	--

<b>3. Juicio oral</b> (LECr art.802)
Señalamiento juicio oral (máximo 15 días) y citaciones y emplazamiento ante el órgano enjuiciador
Se sigue por los cauces del <b>procedimiento penal abreviado</b> (LECr art.802.1) con la siguiente <b>peculiaridad</b> : En el caso de que, por motivo justo valorado por el juez, no pueda celebrarse el juicio oral en el día señalado, o de que no pueda concluirse en un solo acto, señalará fecha para su celebración o continuación el día más inmediato posible y, en todo caso, dentro de los 15 siguientes, teniendo en cuenta las necesidades de la agenda programada de señalamientos y las demás circunstancias contenidas en la LEC art.182.4 y 785, lo que se hará saber a los interesados (LECr art.802.2)
<b>4. Sentencia</b> (LECr art.802.3)
La sentencia se dictará dentro de los 3 días siguientes a la terminación de la vista, en los términos previstos por la LECr art.789.
<b>5. Impugnación</b> (LECr art.803)
Frente a la sentencia dictada por el juzgado de lo penal podrá interponerse <b>recurso de apelación</b> , que se sustanciará conforme a las normas del procedimiento abreviado (LECr art.790 a 792), con las siguientes <b>especialidades</b> : <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El plazo para presentar el escrito de formalización será de 5 días.</li> <li>2. El plazo de las demás partes para presentar escrito de alegaciones será de 5 días.</li> <li>3. La sentencia habrá de dictarse dentro de los 3 días siguientes a la celebración de la vista, o bien dentro de los 5 días siguientes a la recepción de las actuaciones, si no se celebrara vista.</li> <li>4. La tramitación y resolución de estos recursos de apelación tendrán carácter preferente.</li> </ol> <p>Frente a las sentencias dictadas en ausencia del acusado procederá recurso de anulación (LECr art.793).</p>





### 3. Proceso ante el Tribunal del Jurado

6745 El Tribunal del jurado será **competente** para el conocimiento y fallo de las causas por los **delitos** tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

- Del homicidio ( CP art.138 a 140 ).
- De las amenazas ( CP art.169.1 ).
- De la omisión del deber de socorro ( CP art.195 y 196 ).
- Del allanamiento de morada ( CP art.202 y 204 ).
- De los incendios forestales ( CP art.352 a 354 ).
- De la infidelidad en la custodia de documentos ( CP art.413 a 415 ).
- Del cohecho ( CP art.419 a 426 ).
- Del tráfico de influencias ( CP art.428 a 430 ).
- De la malversación de caudales públicos ( CP art.432 a 434 ).
- De los fraudes y exacciones ilegales ( CP art.436 a 438 ).
- De las negociaciones prohibidas a funcionarios públicos ( CP art.439 y 440 ).
- De la infidelidad en la custodia de los presos ( CP art.471 ).

La **celebración** del juicio del jurado se realizará solo en el ámbito de la audiencia provincial y, en su caso, de los tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan **excluidos de la competencia del jurado**, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal es supletoria respecto de lo no previsto en la LO 5/1995 .

<b>1. Instrucción preparatoria</b> (juez de instrucción)	
<p><b>Resolución de incoación del procedimiento</b> (LO 5/1995 art.24.1):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- contra persona o personas determinadas</li> <li>- previa valoración de la verosimilitud de los hechos</li> </ul>	
<p><b>Citación para la comparecencia</b> (LO 5/1995 art.25.1):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 5 días con traslado de la denuncia o querrela a los imputados</li> <li>- Se cita: al imputado asistido de letrado, Ministerio Fiscal y demás partes personadas, los ofendidos y perjudicados por el delito no personados con el ofrecimiento de acciones</li> </ul>	
<p><b>Comparecencia para concretar la imputación</b> (LO 5/1995 art.25.3):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Solicitud de diligencias de investigación en la comparecencia</li> <li>- Tras la comparecencia pueden solicitar nuevas diligencia en el plazo de 5 días</li> </ul>	
<p>Auto decidiendo la <b>continuación del procedimiento</b> y resolviendo sobre la procedencia de las diligencias (LO 5/1995 art.26.1)</p> <p style="text-align: center;"></p>	<p>Auto de <b>sobreseimiento</b></p> <p style="text-align: center;"></p> <p style="text-align: center;">Apelación (LO 5/1995 art.26.2)</p> <hr style="border: 0.5px solid black;"/>
<p>Práctica de las diligencias, en su caso (LO 5/1995 art.27 y 28)</p>	
<p>Citación de las partes acusadoras con un plazo de cinco días:</p>	
<p>Escrito de solicitud de juicio oral con calificación provisional y petición diligencias complementarias</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>Traslado al acusado para que formule (LO 5/1995 art.29)</p>	<p>No se presenta por ninguna parte acusadora el Escrito de solicitud de juicio oral</p> <p style="text-align: center;"></p> <p style="text-align: center;">Sobreseimiento</p>

2. Audiencia preliminar (LO 5/1995 art.30 a 35)			
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Puede no celebrarse cuando renuncien a ella todos los acusados</li> <li>- Si no se celebra, salvo supuesto anterior, recurso de queja</li> <li>- Práctica de nuevas diligencias, admitidas por el juez</li> <li>- Audiencia a las partes sobre la apertura de juicio oral, y sobre la competencia del tribunal del jurado para el enjuiciamiento</li> </ul>			
Resolución del juez instructor (LO 5/1995 art.30 a 35) (En la misma audiencia preliminar o dentro de los tres días siguientes a la Audiencia)			
↓	↓	↓	↓
<p style="text-align: center;">Auto de apertura de juicio oral</p> <p style="text-align: center;">(Irrecurable)</p> <p>Contenido (LO 5/1995 art.33)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento.</li> <li>- La persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables civilmente.</li> <li>- La fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio con indicación de las disposiciones legales aplicables.</li> <li>-El órgano competente para el enjuiciamiento</li> </ul>	<p style="text-align: center;">Práctica de diligencia complementaria</p> <p style="text-align: center;">(LO 5/1995 art.32.3)</p>	<p style="text-align: center;">Acomodación al procedimiento que corresponda</p> <p style="text-align: center;">(LO 5/1995 art.32.4)</p>	<p style="text-align: center;">Auto de sobreseimiento</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Apelación</p> <p style="text-align: center;">(LO 5/1995 art.32.2)</p> <hr style="width: 50%; margin: auto;"/>
Remisión de testimonios efectos e instrumentos del delito y emplazamiento de las partes ante el órgano de enjuiciamiento (15 días) (LO 5/1995 art.34 y 35)			

<b>3. Juicio oral</b> (LO 5/1995 art.36 a 51)
<b>Cuestiones previas al juicio</b> (LO 5/1995 art.36 a 41)
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Designación de magistrado presidente (LO 5/1995 art.35.2)</li> <li>- Planteamiento de cuestiones previas (véase nº 6460 s. - artículos de previo pronunciamiento LECr art.666 s. -) (LO 5/1995 art.36.1)</li> <li>- El auto de hechos justiciables por el magistrado presidente (LO 5/1995 art.37):             <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Precisar, en párrafos separados, el hecho o hechos justiciables.</li> <li>2. Se expondrán en párrafos separados los hechos que configuren el grado de ejecución del delito y el de participación del acusado, así como la posible estimación de la exención, agravación o atenuación de la responsabilidad criminal.</li> <li>3. A continuación, determinará el delito o delitos que dichos hechos constituyan.</li> <li>4. Resolverá sobre la procedencia de los medios de prueba propuestos por las partes y sobre la anticipación de su práctica.</li> <li>5. También señalará día para la vista del juicio oral.</li> </ol> </li> </ul>
<b>Constitución del Tribunal del jurado</b> (LO 5/1995 art.38 a 41)
<b>Acto de la vista</b> (LO 5/1995 art.42 a 48)
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se siguen las normas de la vista en el proceso ordinario por delitos graves (LO 5/1995 art.42.1)</li> <li>- Posible celebración a puerta cerrada (LO 5/1995 art.43)</li> <li>- Presencia necesaria del acusado y su defensa (LO 5/1995 art.44.1)</li> <li>- Dación de cuenta del secretario judicial (LO 5/1995 art.45)</li> <li>- Turno de intervenciones (LO 5/1995 art.45)</li> <li>- Práctica de prueba (LO 5/1995 art.46)</li> <li>- Conclusiones definitivas (LO 5/1995 art.48)</li> <li>- Posible suspensión del juicio oral (LO 5/1995 art.47)</li> </ul>
<b>Posible disolución del jurado</b> (LO 5/1995 art.49 a 51)
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Por inexistencia de prueba de cargo</li> <li>- Por desistimiento de la petición de condena</li> <li>- Por la suspensión del Juicio oral , en determinados casos</li> <li>- Por conformidad de las partes</li> <li>- Por tres devoluciones del acta de jurado</li> </ul>
<b>4. Veredicto y sentencia</b> (LO 5/1995 art.52 a 70)
<ol style="list-style-type: none"> <li>1- El escrito con el objeto del veredicto (LO 5/1995 art.52 a 54)</li> <li>2- Instrucciones a los jurados (LO 5/1995 art.54 y 57)</li> <li>3- Deliberación y votación (LO 5/1995 art.58 a 60)</li> <li>4- Acta de la votación (LO 5/1995 art.61)</li> <li>5- Devolución del acta al jurado (LO 5/1995 art .63 y 64)</li> <li>6- Sentencia (LO 5/1995 art.67 a 70)</li> </ol>
<b>5. Impugnación</b>
<p><b>Apelación</b> (LECr art.846 bis a) contra la sentencia y determinados autos dictada por el magistrado presidente ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ.</p> <p><b>Casación</b> (LECr art.847) por infracción de Ley o quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de justicia</p>

#### 4. Procedimiento por delitos de injurias y calumnias contra particulares

(LECr art.804 a 815 )

6748 Este procedimiento se ciñe a los delitos de injurias y calumnias cometidos contra particulares **excluyendo** a los cometidos **contra funcionarios, autoridad o agente** de la misma sobre hechos que afectan al **ejercicio de sus cargos** ( CP art.215 ) y los cometidos contra la **Corona** o contra las **instituciones del Estado** que siguen la tramitación por el juicio ordinario que corresponda ( CP art.490 y 491 , 496 y 504 ).

La **iniciación de procedimiento** está condicionado a la presentación de la **querella**, como remoción del obstáculo de procedibilidad ( CP art.215.1 ), además de la presentación de **determinados documentos**:

- La certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto ( LECr art.804 ).
- Si la querella es por injuria o calumnia vertidas en juicio, es necesario acreditar además la autorización del juez o tribunal ante quien hayan sido inferidas ( LECr art.805 ).
- Si la injuria y calumnia se han inferido por escrito, se presenta, siendo posible, el documento que la contenga ( LECr art.806 ).
- Copia de la querella, que se entrega al querellado al tiempo de ser citado para el juicio ( LECr art.811 ).

#### 6749 Injurias y calumnias por escrito o verbales

En cuanto al procedimiento difiere si se trata de injurias y calumnias por escrito o verbales:

**a)** Cuando se trate de injurias o calumnias **inferidas por escrito** reconocido este por la persona legalmente responsable y comprobado si ha existido o no la publicidad a que se refiere el respectivo artículo del Código Penal, se da por terminado el sumario, previo el procesamiento del querellado ( LECr art.807 ).

**b)** Si se trata de injurias o calumnias **inferidas verbalmente**, presentada la querella, el juez instructor manda convocar a juicio verbal al querellante, al querellado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos, señalando el letrado de la Administración de Justicia día y hora para la celebración del juicio y presentadas por el querellante las pruebas de los hechos que constituyen la injuria o calumnia verbal, el juez acuerda lo que corresponda respecto al procesamiento del querellado, dando seguidamente por terminado el sumario ( LECr art.808 y 812 ).

#### 6750 Acto del juicio

El acto del juicio, terminada la fase instructora, se celebrará en principio conforme a las reglas del **juicio ordinario** (en contra TS 24-1-94, EDJ 401 ; 16-7-94, EDJ 6036 que consideran que es compatible con las reglas del proceso abreviado). El juicio deberá celebrarse dentro de los 3 días siguientes al de la **presentación de la querella** ante el juez instructor a quien corresponda su conocimiento y si hubiera **causa justa** y se hiciera constar por certificación del letrado de la Administración de Justicia, podrá ampliarse hasta 8 días el término para la celebración del juicio verbal ( LECr art.807 ). **No** se admitirán **testigos de referencia** en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra ( LECr art.813 ) y la ausencia del querellado no suspenderá la celebración ni resolución del juicio, siempre que resulte habersele citado en forma ( LECr art.814 ).

Respecto de los **efectos** peculiares que el proceso de injurias y calumnias produce podemos enumerar los siguientes, que recoge el CP:

- audiencia al ofendido preceptiva para concesión de la suspensión de la ejecución ( CP art.86 );
- preferencia del acusador privado sobre el Estado para el pago de las costas ( CP art.126.2 );
- el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal ( CP art.215.3 );
- publicación de la sentencia como forma de reparación ( CP art.216 ).

#### 5. Procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación

(LECr art.816 a 823 bis )

6752 Las **especialidades procedimentales** establecidas para enjuiciar a los delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación y los delitos cometidos a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares son en esencia dos.

Se establece desde el inicio unas **medidas cautelares específicas**: el secuestro de la publicación, el secuestro de los ejemplares del impreso o de la estampa donde quiera que se hallaran y del molde de esta, o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva. Contra dicha resolución podrá interponerse directamente recurso de apelación, que deberá ser resuelto en el plazo de 5 días ( LECr art.816 y 823 bis ).

Acto seguido se procederá inmediatamente a averiguar quien haya sido el **autor real del escrito o estampa** con cuya publicación se hubiese cometido el delito para ello, y, con el fin de facilitar la investigación y la aplicación de la **responsabilidad criminal en cascada**:

a) Si el **escrito o estampa** se hubiese **publicado en periódico**, bien en el texto del mismo, bien en hoja aparte, se tomará declaración para averiguar quién haya sido el autor al director o redactores de aquel y al jefe o regente del establecimiento tipográfico en que se haya hecho la impresión o grabado. Para ello se reclamará el original de cualquiera de las personas que lo tengan en su poder, la cual, si no lo pusiera a disposición del juez, manifestará la persona a quien lo haya entregado ( LECr art.817 ).

b) Si el delito se hubiese cometido por medio de la publicación de un **escrito** o de una **estampa sueltos**, se tomará la declaración expresada en el artículo anterior al jefe y dependientes del establecimiento en que se haya hecho la impresión o estampación ( LECr art.818 ).

c) Cuando **no pudiera averiguarse quién sea el autor real del escrito o estampa**, o cuando por hallarse domiciliado en el extranjero o por cualquier otra causa de las especificadas en el Código Penal, no pudiera ser perseguido, se dirigirá el procedimiento contra las personas subsidiariamente responsables, por el orden establecido en el artículo respectivo del expresado Código ( LECr art.819 ).

## 6. Procedimiento de «habeas corpus»

---

6753 A efectos de evitar duplicidades, y puesto que este procedimiento ha sido objeto de estudio detallado en el nº 6260 s. , nos remitimos a lo allí expuesto.

## 7. Proceso de menores

---

6755 La **regulación** de este proceso se lleva a cabo a través de la LO 5/2000 , reguladora de la responsabilidad penal de los menores y por el RD 1774/2004 , por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000 , reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Además, dada la importancia de la **actuación del Ministerio Fiscal** en esta materia es necesario destacar la Circ 9/2011 , de 16-11 , sobre criterios para la **unidad de actuación especializada** del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, la Circ 1/2010 , de 23-7 , sobre el tratamiento desde el **sistema de justicia juvenil de los malos tratos** de los menores contra sus ascendientes, la Circ 2/2001 , 28 de junio de 2001 , relativa a la incidencia de la LO 7/2000 y LO 9/2000 , en el ámbito de la **jurisdicción de menores** y la Circ 1/2000 , 18-12-00 , relativa a criterios de aplicación de la LO 5/2000 , por la que se regula la **responsabilidad penal** de los menores.

### a. Sujetos

#### 6756 Juzgados de menores

La **competencia objetiva**, *ratione personae* está atribuida, con carácter general, a los juzgados de menores, por hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales cometidos por las personas mayores de 14 años y menores de 18 ( LO 5/2000 art.1 y 2 ).

La competencia objetiva *ratione materiae*, se atribuye al **juzgado central de menores** ( LO 5/2000 art.2.4 ):

a) Respecto de los hechos tipificados como **delitos de terrorismo** ( CP art.571 a 580 ) cometidos por las personas mayores de 14 años y menores de 18.

b) De los **delitos cometidos por menores en el extranjero** cuando corresponda su conocimiento a la jurisdicción española ( LOPJ art.23 ).

En lo que respecta a la **competencia territorial**, rige la regla general del *forum commissi delicti* por lo que corresponde, al juzgado de menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo, y si se han cometido **varios delitos en territorios diferentes**, es competente el juzgado de menores que corresponda atendiendo al domicilio del menor y, en su defecto, el del territorio donde se haya cometido el delito a que corresponda pena mayor. Si tienen señalada la misma pena, el que primero comience la causa, y si comienzan al mismo tiempo o no consta el que comenzó primero, el que señale las audiencias o el Tribunal Supremo ( LO 5/2000 art.20.3 ; LECr art.18 ).

#### 6757 Actuación del Ministerio Fiscal

Las principales funciones que tiene el Ministerio Fiscal en el proceso para exigir **responsabilidad penal** a los menores son ( LO 5/2000 art.6 ; Const art.124.1 ; L 50/1981 art.3 ):



- a) Dirección de la investigación en la fase de Instrucción dirigiendo las actuaciones de la policía judicial.
- b) Defensor de los derechos de los menores.
- c) Vigilancia de que todas las actuaciones se realicen en interés del menor y se cumplan todas las garantías procesales constitucionales.

#### 6758 Partes

Intervienen en el proceso:

#### 6759 Menores investigados o encausados

Se enjuician por este proceso los mayores de 14 años y menores de 18 ( LO 5/2000 art.1.1 ). La **edad del menor** ha de tenerse en cuenta respecto del momento de comisión del delito. El hecho de que el menor rebase la edad antes que dé comienzo el proceso o bien durante la tramitación del mismo no altera la **competencia del juez** de menores ni la adecuación del proceso penal de menores ( LO 5/2000 art.5.3 ).

La FGE Circ 1/2000 , plantea algunas cuestiones que se pueden originar cuando el **menor rebase la edad límite** durante o al término de la comisión del injusto penal:

- a) En los supuestos de **delitos continuados**, solo se enjuician por este proceso penal especial los cometidos por el menor durante su minoría de edad.
- b) En el **delito permanente**, no se enjuician por la jurisdicción de menores cuando el sujeto activo del delito haya rebasado la edad máxima antes de que cese la situación ilícita (regla interpretativa CP art.132.1 párrafo 2º )
- c) En los delitos en que existe una clara **diferencia temporal** entre la **acción y el resultado del injusto** y el **menor rebasa los límites de edad** establecidos por la LO 5/2000 durante ese espacio de tiempo, determina que se debe atender a la edad que tiene el sujeto activo del delito en el momento de la comisión la acción o de la omisión y no del resultado. Esta es la opción que se debe adoptar si se hace teniendo en cuenta que es el criterio más favorable al menor.

#### 6760 Víctima del delito







(LO 5/2000 art.4)

Las víctimas y los **perjudicados** tienen **derecho a personarse** y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el letrado de la Administración de Justicia les informa en los términos previstos en la LECr art.109 y 110 , instruyéndoles de su **derecho a nombrar abogado** o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informa de que, de **no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles**, el Ministerio Fiscal las ejercita si corresponde. Los que se personan pueden desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

El **letrado de la Administración de Justicia** debe **comunicar** a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas **resoluciones** que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el juez de menores, que puedan afectar a sus intereses.

#### b. Procedimiento

- 6765 Se aplican las normas establecidas en la LO 5/2000 y, con carácter supletorio, en aquello que no esté previsto, la LECr, en especial las normas del **proceso penal abreviado** para determinados delitos ( LO 5/2000 disp.final 1ª ).

<b>1. Instrucción</b> (LO 5/2000 art.16 a 30)			
Incoación del expediente Ministerio Fiscal (LO 5/2000 art.16.1)			
Posibles medidas cautelares (LO 5/2000 art.17, 28 y 29)			
Posible desistimiento del expediente			
			
Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (LO 5/2000 art.18)		Sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (LO 5/2000 art.19)	
Conclusión de la instrucción (LO 5/2000 art.30)			
Apertura de Fase de Audiencia + Remisión expediente y piezas de convicción al juez de Menores + Escrito de alegaciones: descripción de los hechos, valoración jurídica, participación del menor, reseña de circunstancias personales, proposición de medida y, en su caso, exigencia de responsabilidad civil. + Proposición de medios de prueba 		Sobreseimiento	
<b>2. Fase de audiencia</b> (LO 5/2000 art.31 a 37)			
Alegaciones de los acusadores particulares y actor civil (LO 5/2000 art.31)			
Alegaciones del actor civil (LO 5/2000 art.31)			
Alegaciones del menor (LO 5/2000 art.31)		Conformidad del menor Sentencia de conformidad (LO 5/2000 art.32)	
Alegaciones del responsable civil (LO 5/2000 art.31)			
Resoluciones posibles del juez de menores (LO 5/2000 art.33)			
Práctica de nuevas diligencias 	Celebración de la Audiencia 	Sobreseimiento <hr/>	Declaración de incompetencia 
Posible conformidad del menor (LO 5/2000 art.36)			

<b>3. Sentencia</b> (LO 5/2000 art.38 a 40)
Posible suspensión de la ejecución del fallo
<b>4. Recursos</b> (LO 5/2000 art.41 y 42)
- Cabe recurso de reforma contra los autos y providencias de los jueces de menores - Cabe recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juez de menores y juzgado central de menores - Cabe recurso de casación para unificación de doctrina (TS 3-2-03, EDJ 1569)

## 8. Proceso especial por aceptación de decreto

(LECr 803 bis.a a 803 bis.j)

**6770** Se trata de un proceso monitorio penal cuyo **objetivo** es que la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal se convierta en sentencia firme cuando se cumplan los **requisitos** previstos en la LECr:

**a)** Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el CP art.80 , con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

**b)** Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

**c)** Que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

Se puede producir una vez iniciadas las diligencias de investigación y hasta la finalización de la fase de instrucción.

El Ministerio Fiscal remitirá el decreto al juzgado de instrucción quien deberá autorizarlo o no y cuyo **contenido de propuesta de imposición** de pena es el siguiente:

**a)** Identificación del investigado.

**b)** Descripción del hecho punible.

**c)** Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.

**d)** Breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida.

**e)** Penas propuestas. A los efectos de este procedimiento, el Ministerio Fiscal puede proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

**f)** Peticiones de restitución e indemnización, en su caso.

El juzgado de instrucción autoriza el decreto mediante **auto** que se notifica al encausado y se le cita para que comparezca ante el tribunal en la fecha y en el día que se señale y se le informa de la finalidad de la **comparecencia**, de la preceptiva asistencia de letrado para su celebración (si carece de abogado se le designa uno de oficio) y de los efectos de su incomparecencia o, caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto. También se le informa de que, en caso de no encontrarse defendido por letrado en la causa, debe asesorarse con un abogado de confianza o solicitar un abogado de oficio en el término de 5 días hábiles antes de la fecha de la comparecencia:

- si el encausado **no comparece o rechaza la propuesta** del Ministerio Fiscal, total o parcialmente en lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización, queda la misma sin efecto.

- si el encausado **comparece sin letrado**, el juez suspende la comparecencia y señalará nueva fecha para su celebración;

- si el encausado **acepta** en la comparecencia la **propuesta de pena** en todos sus términos el juzgado de instrucción le atribuye el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de 3 días debe documentarse en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno.

Precisiones

En la comparecencia del encausado es **obligatoria** la **asistencia de abogado** para la aceptación de la propuesta de sanción.

## 9. Proceso de decomiso

(LECr 803 ter.a a 803 ter.u)

6775 Se establecen dos procedimientos nuevos al ser reformado el Código Penal por la LO 1/2015 con el fin de adaptar la normativa del decomiso a la Directiva 42/2014 de 3 de abril, por ello la L 41/2015, reforma la LECr en esta materia.

### 6776 Intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso

Los **supuestos** en que procede esta llamada a terceros ya sea de oficio o a instancia de parte son los siguientes:

- a) Que el bien cuyo decomiso se solicita pertenezca a un tercero distinto del investigado o encausado
- b) Que existan terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo.

Se establece como **excepciones**:

- a) Cuando no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicitó.
- b) Cuando existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, o que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.
- c) Cuando el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso.

Se regulan una serie de **especialidades** de la intervención y citación a juicio del tercero afectado:

- a) El tercero afectado puede participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención, aunque limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se puede extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado y es preceptiva la asistencia letrada.
- b) En la citación debe indicarse que el juicio puede ser celebrado en su ausencia y que en el mismo puede resolverse, en todo caso, sobre el decomiso solicitado. Su incomparecencia no impide la continuación del juicio.

La **sentencia** en la que se acuerde el decomiso debe notificarse a la persona afectada por el mismo aunque no haya comparecido en el proceso y puede interponer los recursos previstos en esta ley, aunque debe circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no puede extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.

### 6777 Procedimiento de decomiso autónomo

Tiene por **objeto** la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, en dos **supuestos**:

- a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.
- b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.

La **competencia** la tienen el juez o tribunal que ha dictado la sentencia firme, el juez o tribunal que esté conociendo de la causa penal suspendida, o el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la misma cuando esta no se haya iniciado.

Las **normas de procedimiento** aplicables son las que regulan el juicio verbal regulado en la LEC en lo que no sean contradictorias con las establecidas en la LECr.

Está **legitimado** para ejercitar la acción de decomiso autónomo exclusivamente el Ministerio Fiscal y están legitimados pasivamente los sujetos contra los que se dirija la acción por su relación con los bienes a decomisar.

La **demanda de decomiso autónomo** debe presentarse por escrito y debe tener el siguiente **contenido**:

- a) Las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios.
- b) El bien o bienes cuyo decomiso se pretende.
- c) El hecho punible y su relación con el bien o bienes.
- d) La calificación penal del hecho punible.

- e) La situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.
- f) El fundamento legal del decomiso.
- g) La proposición de prueba.
- h) La solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede.

Admitida la demanda, el órgano competente puede acordar o no las **medidas cautelares** solicitadas y debe notificar la demanda de decomiso a las partes pasivamente legitimadas, que deben personarse y presentar **escrito de contestación** a la demanda en un plazo de 20 días. El escrito de contestación a la demanda de decomiso debe contener, en relación con los correlativos del escrito de demanda, las **alegaciones** de la parte demandada. Si el demandado no interpone escrito de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente a los mismos.

El juicio se desarrolla conforme a lo dispuesto en la LEC art.433 y el juez o tribunal resuelve mediante **sentencia** en el plazo de 20 días desde su finalización, con alguno de los siguientes **pronunciamientos**:

- a) **Estimar** la **demand**a de decomiso y acordar el decomiso definitivo de los bienes.
- b) **Estimar parcialmente** la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo por la cantidad que corresponda. En este caso, se dejan sin efecto las medidas cautelares que hubieran sido acordadas respecto al resto de los bienes.
- c) **Desestimar** la demanda de decomiso y declarar que no procede por concurrir alguno de los motivos de oposición. En este caso, se dejan sin efecto todas las medidas cautelares que hubieran sido acordadas.

El pronunciamiento en **costas** se rige por las normas generales previstas en la LECr. En cuanto a los **recursos** son aplicables en el procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras de los recursos aplicables al proceso penal abreviado (nº 6645 s. ).

## Bibliografía

GÓMEZ COLOMER, JL., «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas al proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato», en *Prueba y proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 108 a 147.

### CAPÍTULO 4

## Litigación contencioso-administrativa

6800	Sección	Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa	6805
	1.		
	Sección	Cuestiones prejudiciales	6840
	2.		
	Sección	Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa	6845
	3.		
	Sección	Competencia territorial	6860
	4.		
	Sección	Distribución de asuntos	6865
	5.		
	Sección	Partes	6870
	6.		
	Sección	Actividad administrativa impugnabile	6950
	7.		
	Sección	Pretensiones de las partes	6970
	8.		
	Sección	Acumulación	6985
	9.		
	Sección	Cuantía del proceso	7000
	10.		

Sección Procedimiento ordinario en primera o única instancia 11.	7020
Sección Procedimiento abreviado 12.	7145
Sección Procedimientos especiales 13.	7155
Sección Recursos 14.	7200
Sección Ejecución de sentencias 15.	7300
Sección Disposiciones comunes a los procesos contenciosos 16.	7350

## SECCIÓN I

# Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

(LJCA art.1)

6805	1. Ámbito de aplicación subjetiva	6810
	2. Ámbito de aplicación objetiva	6820
	3. Ámbitos excluidos expresamente por Ley	6830
6806	Los juzgados y tribunales del <b>orden contencioso-administrativo</b> conocen de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación ( LJCA art.1.1 ).	

### Precisiones

Es necesario poner de manifiesto que la dicción literal de este precepto supone, como veremos más adelante, una **ampliación notable del objeto** del recurso contencioso-administrativo respecto a su homónimo anterior al que viene a sustituir ( LJCA/1956 art.1.1 ). La sustitución de la palabra «**actos**» que allí se contenía por la palabra «**actuación**» que en la vigente Ley se utiliza tiene una importante consecuencia en orden a las mayores posibilidades de reacción que frente a todo tipo de actuaciones de las Administraciones públicas ostentan los ciudadanos en la actualidad, pudiendo impugnar no solo los actos expresos o presuntos emitidos por las Administraciones públicas sino también la propia inactividad de la Administración o sus actuaciones en vía de hecho.

Por lo demás, la referencia a las **disposiciones de rango inferior a la Ley**, es decir, los reglamentos, es la misma que se contenía en la LJCA/1956, pero a dicha referencia se le ha sumado en la actual Ley la previsión respecto a los decretos legislativos, cuando **excedan los límites de la delegación**. Técnicamente, dicho exceso se denomina *ultra vires*. Pues bien, cuando el poder ejecutivo se excede de la delegación que le ha otorgado previamente el poder legislativo, bien sea en un texto articulado bien sea en un texto refundido, que son las dos modalidades que puede revestir un decreto legislativo, el precepto *ultra vires* pierde la fuerza de Ley que cubre la delegación legislativa, pero conserva valor de norma reglamentaria en tanto en cuanto emana de un órgano que tiene constitucionalmente atribuida una potestad para dictar normas reglamentarias y, en ese sentido, sí que puede ser enjuiciado, en orden a determinar su validez o invalidez, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

6807 Por consiguiente, en la actualidad, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo puede conocer de las siguientes **actuaciones**:

- Actos expresos y presuntos.
- Reglamentos y preceptos *ultra vires* contenidos en decretos legislativos.
- Inactividad de la Administración.
- Vía de hecho.

### Precisiones

Para un **estudio detallado** del ámbito de este orden jurisdiccional pueden consultarse nº 50 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018.

## 1. Ámbito de aplicación subjetiva

(LJCA art.1.2)

6810 Los **sujetos** a los que puede fiscalizar la jurisdicción contencioso-administrativa son los siguientes:

### 6812 Entes territoriales y sus organismos dependientes (entes instrumentales)

(LJCA art.1.2, 2.c y disp.adic.1ª)

Son las **Administraciones públicas territoriales** (Estado, comunidades autónomas y entidades locales) y sus **organismos dependientes** (organismos autónomos, entidades públicas, agencias estatales o cualquier otro organismo dependiente o vinculado a cualquiera de las tres Administraciones públicas territoriales).

Deben entenderse incluidas en el concepto de Administración pública territorial de LJCA art.1.2 las **diputaciones forales** y su administración institucional dependiente, por lo que dichas entidades también estarían incluidas dentro del ámbito de fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todos estos entes tienen la consideración de Administración pública y someten su **actuación**, en todo o, en parte al menos, al Derecho administrativo, por lo que, cuando sometan su actuación a este, pueden ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto de las **sociedades mercantiles públicas** o **fundaciones públicas**, estas no tienen consideración de Administración pública sino de sector público, no ostentan potestades administrativas ni se someten en sus actuaciones, con carácter general, al Derecho administrativo, por lo que, normalmente, no serán fiscalizadas por la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, debido a los cada vez más numerosos esfuerzos por frenar la huida del Derecho administrativo, existen ámbitos de Derecho administrativo a los que se tienen que someter ambas, como, por ejemplo, los principios generales de la **contratación pública** o la **contabilidad pública**, por lo que, en dichos ámbitos, sí que podrán ser fiscalizadas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto de la **Administración corporativa** (colegios profesionales y cámaras de comercio, industria y navegación), la jurisdicción contencioso-administrativa fiscalizará sus actuaciones cuando estén sometidas al Derecho administrativo en el ejercicio de las potestades públicas que por delegación de las Administraciones públicas territoriales tienen delegadas.

### 6814 Organismos constitucionales

(LJCA art.1.3.a y disp.adic.1ª)

Los organismos constitucionales son el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, el Consejo General del Poder Judicial, las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y demás instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. Se someten a la orden contencioso-administrativo, en relación con sus actos y disposiciones en materia de **personal, administración y gestión patrimonial**.

Estos organismos constitucionales no son técnicamente Administración pública pero las actuaciones que llevan a cabo en los tres ámbitos señalados por la Ley son asimilables a las que llevan a cabo las Administraciones públicas territoriales y los actos que dictan en materia de personal, administración y gestión patrimonial son, por consiguiente, asimilables a **auténticos actos administrativos** por proceder de un poder público que financia su actuación con fondos públicos y debe someterse a controles públicos, asimismo. Es evidente que sobre la actuación nuclear que llevan a cabo los organismos constitucionales en el **ámbito de su competencia constitucional** propia no puede entrar a fiscalizar la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dentro de este precepto hay que entender incluidos los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados por los órganos competentes de las **Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco**.

### 6815 Administración electoral

(LJCA art.1.3.c)

Incluye las juntas electorales de zona, las juntas electorales provinciales y la Junta Electoral Central.

### 6817 Concesionarios públicos

(LJCA art.2.d)

Deben ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa los actos administrativos de **control o fiscalización** dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los

actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.

En definitiva, el criterio seguido por el legislador es el mismo que el expuesto para otro tipo de sujetos que se mueven en la frontera entre lo público y lo privado o que, incluso, desarrollan su actividad sometidos con carácter general al Derecho privado y que no es otro que el de someter al control de la jurisdicción contencioso-administrativa toda la actividad que desarrolle ese sujeto en **ejercicio de una potestad pública**. En tanto en cuanto los concesionarios públicos pueden ejercer potestades públicas por delegación de la administración concedente, sí así lo hacen, la actividad que en el ejercicio de dichas potestades públicas lleven a cabo será fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

## 2. Ámbito de aplicación objetiva

(LJCA art.2)

**6820** Se exponen a continuación las materias sobre las que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene atribuida **competencia**.

### 6822 Actos políticos

(LJCA art.2.a)

Sin entrar en mayores consideraciones, en la actualidad, podría decirse que los actos políticos son aquellos sobre los que opera una **imposibilidad judicial** de fiscalizar plenamente aquellos actos emanados del poder ejecutivo en el ejercicio directo de una competencia constitucional.

El control judicial de los actos políticos se limita a determinados parámetros de **legalidad en la adopción** de dichos actos, circunscribiendo el mismo al ámbito de la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes a que dieran lugar la adopción de los mismos.

En definitiva, los actos políticos son el ejemplo paradigmático de **actos discrecionales** pero están sometidos a un control judicial en todo caso. Solo así se puede entender la compatibilidad constitucional entre la tutela judicial efectiva ( Const art.24 ), el control judicial de los actos de la Administración pública ( Const art.106.1 ) y las competencias del Gobierno ( Const art.97 ).

Hemos de recordar que el control de este tipo de actos se extiende no solo por lo que hace referencia al Gobierno de la nación sino también a los diferentes **gobiernos autonómicos** en el dictado de actos en ejecución de competencias atribuidas directamente por sus correspondientes estatutos de autonomía.

#### Precisiones

**1)** La teoría de los actos políticos proviene del Consejo de Estado francés. Los actos políticos han existido, existen y existirán, y son consustanciales a la doctrina de la **separación de poderes**. La prueba más palpable de la existencia de los actos políticos en nuestro ordenamiento hoy en día es el precepto que comentamos.

**2)** La distinción entre acto administrativo y acto político y los distintos controles jurisdiccionales que sobre ambos actos pueden llevar a cabo los tribunales son aceptados sin reparos por nuestra **jurisprudencia** ( TS 28-6-94, EDJ 14450 ; 4-7-97, EDJ 1228 ) o la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (principalmente TCo 15-3-90 ).

### 6824 Contratos administrativos

(LJCA art.2.b)

Se atribuye competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de los contratos administrativos y de los actos de **preparación y adjudicación** de los demás contratos.

En definitiva, se residencia en la jurisdicción contencioso-administrativa la fiscalización plena de los **contratos administrativos** y se consagra la teoría de los actos separables respecto de los **contratos privados**, que conocen dos regímenes diferenciados de fiscalización:

- administrativa en sus fases de **preparación y adjudicación**, en las que se aplican los principios generales de la contratación pública, especialmente, los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad y transparencia, desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en tanto en cuanto en estas fases es donde está en juego a qué manos irá a parar el dinero público que sufraga dicho contrato; y

- civil en sus fases de **ejecución y extinción**, que serán, por ende, competencia de la jurisdicción civil.



1) Tras la modificación operada en la Ley de contratos del sector público por la L 2/2011 de economía sostenible, en orden a la progresiva equiparación del régimen jurídico de los contratos administrativos y privados celebrados por los distintos «poderes adjudicadores», especialmente en materia de **modificación del contrato** ( RDLeg 3/2011 art.92 bis s. ), la teoría de los actos separables queda algo matizada, aunque vigente.

2) En materia de actos separables y respecto de la **competencia de la jurisdicción civil** para la fiscalización de las fases de ejecución y extinción de los contratos privados celebrados por las Administraciones públicas, téngase en cuenta la siguiente jurisprudencia: TS 23-1-87, EDJ 512 ; 30-3-00, EDJ 3334 .

#### 6825 Responsabilidad patrimonial

(LJCA art.2.e)

Sea cual sea la **actividad causante** del daño a tercero, la víctima solo podrá demandar a la Administración autora de dicho daño ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que ningún otro orden jurisdiccional pueda declararse competente para el conocimiento de estos asuntos, excluida, claro está, la competencia del orden jurisdiccional penal para conocer de la responsabilidad civil derivada de delito.

Pero la **jurisprudencia** contencioso-administrativa, en un intento de profundizar en la unificación de criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial y en aplicación del principio de economía procesal, no solo no se ha conformado con dicha unificación de criterios mediante la atribución con carácter exclusivo del conocimiento de estos asuntos a ella misma sino que, el Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial, ha apostado por evitar, en la medida de lo posible, el conocimiento de **asuntos concomitantes** por parte de diferentes tribunales del orden contencioso y, por ende, con el fin de evitar resoluciones contradictorias, se postula a favor de un conocimiento unitario por parte del órgano jurisdiccional que tenga atribuida una competencia más amplia ( TS 18-3-10, EDJ 31688 ).

Este es un buen ejemplo de contundencia normativa que revela claramente el complicado camino recorrido hasta la promulgación del precepto en los términos en que ahora está redactado. Desde hacía tiempo, el legislador ha pretendido la **unificación del régimen de fiscalización** de las actividades llevadas a cabo por las Administraciones públicas que causaban daños a terceros extramuros de un contrato y, finalmente, primero en 1998, con la introducción de este precepto en la Ley jurisdiccional y la reforma de LOPJ art.9.4 , lo que solucionó las posibles tachas de inconstitucionalidad de dicho precepto al no poder una ley ordinaria modificar una ley orgánica, y después, de manera más contundente aun y completa, en 2003, se ha conseguido evitar que tanto la jurisdicción civil como la social se declaren competentes para el conocimiento de estos asuntos, acabando así con una larga controversia legal y jurisprudencial que ha beneficiado a la institución de la responsabilidad patrimonial, al unificar criterios y parámetros de enjuiciamiento, lo que, a pesar del largo camino que todavía queda por recorrer, ha devuelto cierta cordura en la interpretación jurisprudencial de esta otrora desnaturalizada institución.

#### 6827 Resto de materias que le atribuya expresamente una Ley

(LJCA art.2.f)

Con esta cláusula de cierre sobre las competencias objetivas de la jurisdicción contencioso-administrativa hace referencia, la norma se remite a la **legislación sectorial** en tanto en cuanto una norma pudiera atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los asuntos que allí se deriven.

Evidentemente, para que dicha norma sectorial reconozca tal competencia en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, se debería dar la combinación de los dos factores analizados, es decir, el subjetivo y el objetivo, siendo incluso más relevante el primero, en tanto en cuanto se tratará de actividades regidas por el Derecho administrativo por llevarlas a cabo alguno de los **sujetos** que se someten a la fiscalización de esta jurisdicción (nº 6810 s. ). De la dicción literal del precepto se extrae la consecuencia lógica de la exigencia de Ley formal de atribución.

### 3. Ámbitos excluidos expresamente por Ley

#### 6830 Cuestiones de otros órdenes jurisdiccionales

(LJCA art.3.a)

No son del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa aquellas materias que estén atribuidas expresamente a **otros órdenes jurisdiccionales**. En este sentido, hay que recordar que, aunque la mayor parte de

las actuaciones de las Administraciones públicas se hayan sometidas al Derecho administrativo y, por ende, en la mayoría de las ocasiones serán fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa, en algunas ocasiones la Administración pública no actúa sometida al Derecho administrativo y, por tanto, dichas **actuaciones no sometidas al Derecho administrativo** pueden ser fiscalizadas por otros órdenes jurisdiccionales, siendo los ámbitos más vidriosos y controvertidos los que se refieren a la competencia de la jurisdicción social, especialmente por lo que hace referencia al ámbito laboral y de la Seguridad Social, puesto que desde el punto de vista subjetivo es una Administración pública la que actúa, pero desde el punto de vista objetivo existen determinadas materias atribuidas expresamente a la jurisdicción social ( TS 27-1-97, EDJ 1377 ; 27-1-98, EDJ 734 ; 15-10-03, EDJ 147045 ).

A la hora de analizar este precepto, debe tenerse en cuenta la *vis atractiva* de la **jurisdicción civil** ( LOPJ art.9.2 ).

Asimismo, su contenido hay que ponerlo en relación con lo establecido por LJCA art.5 , que afirma que los órganos de este orden jurisdiccional apreciarán de oficio la **falta de jurisdicción** y resolverán sobre la misma, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de 10 días. Por ello, la primera cuestión que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo deben hacer es examinar su jurisdicción, con carácter previo al examen de la cuestión de fondo que se dilucida en el pleito. Así lo exige de manera reiterada nuestro Tribunal Supremo, que impone el examen de jurisdicción como requisito procesal que ha de abordarse con carácter prioritario.

#### 6832 Recurso contencioso militar

(Const art.117.5; LOPJ art.3.2)

La Constitución regula una **reserva material de Ley** para el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la propia Constitución. Asimismo, en desarrollo del precepto constitucional citado, la LOPJ afirma que la **jurisdicción militar** quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la ley orgánica que lo regula ( LO 4/1981 ).

La Constitución apuesta por el principio de **unidad jurisdiccional** como base de funcionamiento de los tribunales y la excepción de una jurisdicción militar no puede ir más allá de lo estrictamente indispensable para el cumplimiento de las finalidades requeridas por la especialidad de la materia y la especial sujeción a que el personal militar está sometido, por lo que no todas las actuaciones llevadas a cabo por la Administración militar quedan extramuros del control y fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa. La LO 4/1987 , de la competencia y organización de la jurisdicción militar delimita de manera más concreta el **ámbito de actuación** de la misma, que queda referido básicamente a cuestiones penales que traen causa de actos militares, a supuestos de ejercicio de potestad disciplinaria militar y situaciones derivadas de situaciones acaecidas bajo la declaración de los estados sitio ( LO 4/1987 art.4 ).

#### Precisiones

Sobre el ámbito del **recurso contencioso-disciplinario militar**, téngase en cuenta, por ejemplo, la TS 4-5-93, EDJ 4165 .

#### 6834 Conflictos de jurisdicción

(LO 2/1987; LOPJ art.38.1)

Los conflictos de jurisdicción son aquellos que oponen a la Administración pública con los tribunales de justicia. La resolución de dichos conflictos está regulada en la LO 2/1987 , de conflictos jurisdiccionales.

Estos conflictos son resueltos por un **órgano colegiado**, compuesto por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por 5 vocales, de los que dos serán magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros 3 serán consejeros permanentes de Estado, actuando como secretario el de gobierno del Tribunal Supremo.

El presidente tendrá siempre **voto de calidad** en caso de empate, por lo que se otorga prevalencia a la jurisdicción frente a la administración.

La LO 2/1987 también regula los conflictos entre los juzgados y tribunales con la jurisdicción militar y de la jurisdicción militar con la Administración pública.

## SECCIÓN 2

### Cuestiones prejudiciales

6840 La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las **cuestiones prejudiciales e incidentales** no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con

un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales ( LJCA art.4.1 ).

La decisión que se pronuncie no producirá **efectos** fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente ( LJCA art.4.2 ).

Se recoge así la doctrina general imperante en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la cual las cuestiones prejudiciales **no tienen carácter devolutivo**, salvo en tres supuestos que constituyen la excepción a dicho principio general, que son los siguientes:

- cuestiones prejudiciales **constitucionales** planteadas a través de la cuestión de inconstitucionalidad, de las que conocerá el Tribunal Constitucional;
- cuestiones prejudiciales **penales**, que habrán de ser remitidas a los juzgados y tribunales penales para su conocimiento y pronunciamiento; y
- cuestiones prejudiciales de **Derecho comunitario europeo** planteadas a través de la cuestión de validez o de interpretación del Derecho comunitario, que tendrán que ser enviadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### Precisiones

El precepto comentado ( LJCA art.4 ) respeta escrupulosamente este **esquema general de funcionamiento** de las cuestiones prejudiciales en nuestro ordenamiento jurídico, atribuyendo su conocimiento, con carácter general, a la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de las cuestiones que surjan durante la tramitación de los pleitos en dicho orden jurisdiccional y contemplando las tres excepciones apuntadas: la constitucional, la penal y la derivada de Tratados internacionales, en la que hay que residenciar la cuestión prejudicial de validez e interpretación del Derecho comunitario apuntada.

### SECCIÓN 3

## Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa

(LJCA art.6)

**6845** La **planta judicial** diseñada por la LJCA es la siguiente:

- juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo (nº 6847 );
- juzgados centrales de lo contencioso-administrativo (nº 6850 );
- salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia (nº 6849 );
- Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (nº 6852 );
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (nº 6854 ).

#### Precisiones

La LJCA art.6 describe la nueva planta judicial existente en dicha jurisdicción. Destaca la creación, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en cumplimiento de lo previsto en LOPJ art.90 , de **órganos unipersonales**: los juzgados provinciales y centrales de lo contencioso-administrativo. La creación de estos nuevos órganos unipersonales, que generaron enorme polémica entre la doctrina, tenía un objetivo muy claro: atribuirles competencias sobre cuestiones de poca enjundia jurídica pero que suponen el grueso de asuntos que llega a la jurisdicción contenciosa y, de esta manera, descargar de esos asuntos a los tribunales superiores de justicia de las distintas comunidades autónomas.

En ese sentido, hay que decir que a pesar de las críticas iniciales formuladas por relevantes autores de la doctrina española (entre ellos García de Enterría), el **funcionamiento práctico** de estos juzgados ha sido bueno y mediante su creación se ha conseguido resolver asuntos en un espacio de tiempo mucho menor. No obstante, el éxito inicial de los juzgados de lo contencioso-administrativo ha hecho que el legislador les haya ido cargando de mayores competencias en cada una de las reformas posteriores que a la Ley se han hecho y que, en la actualidad, empezamos a ver cómo dichos juzgados empiezan a estar saturados, por lo que se puede afirmar que, si no se remedia la situación de manera más o menos urgente, estos juzgados acabarán muriendo de éxito, si es que no han muerto ya.

**6847** **Juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo**

La previsión acerca de la creación de este tipo de juzgados se contiene en la LOPJ, que establece que en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más juzgados de lo contencioso-administrativo. En desarrollo de dicha previsión, la LJCA crea estos juzgados como integrantes de la nueva planta judicial contencioso-administrativa y enumerando sus **competencias**, que se ejercerán dentro del territorio provincial.

La exégesis que cabe hacer en cuanto a la atribución de competencias en favor de los juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo es la siguiente:

<b>Entidades locales</b>	Todo, salvo planeamiento urbanístico.
<b>Comunidades autónomas</b>	Siempre que no sea competencia del Consejo de Gobierno: 1. Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera. 2. Sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de 6 meses. 3. Reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.
<b>Administración periférica del Estado</b>	1. Actuaciones de organismos que no extiendan su competencia a todo el territorio nacional, salvo que la cuantía sea superior a 60.000 euros o se trate de cuestiones relativas a dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa o propiedades especiales. 2. Extranjería.
<b>Otras</b>	1. Autorización para entrada en domicilios por actuaciones administrativas (no confundir con persecución de delitos, que es competencia de los juzgados de instrucción). 2. Reclamaciones contra junta electoral de zona.

#### 6849 Salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia

(LJCA art.6 y 10 )

Exponemos las competencias de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia antes del estudio de las competencias de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo porque existe un desdoblamiento, al igual que sucede entre dichos juzgados centrales y la Audiencia Nacional, como se verá, entre las competencias de los juzgados provinciales y los tribunales superiores de justicia, de tal forma que las actuaciones sometidas a Derecho administrativo llevadas a cabo por las **entidades locales** y por las **comunidades autónomas**, por defecto, serán competencia de los tribunales superiores de justicia, salvo que la competencia haya sido atribuida expresamente a los juzgados provinciales (nº 6847 ).

Las **competencias** concretas de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas son las siguientes:

<b>En única instancia</b>	1. Actuaciones de las entidades locales o de las comunidades autónomas sobre los que no tengan competencia los juzgados. 2. Disposiciones de carácter general de las entidades locales y de las comunidades autónomas. 3. Actuaciones y disposiciones de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas y demás entes estatutarios en materia de personal, administración y gestión patrimonial. 4. Actos y resoluciones de los tribunales económico administrativos regionales (TEAR). 5. Actos del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) en materia de tributos cedidos. 6. Convenios entre Administraciones públicas de ámbito autonómico. 6. Prohibiciones al derecho de reunión (manifestaciones). 7. Actos de órganos pertenecientes a la Administración periférica del Estado con competencia en todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de ministro o secretario de Estado, en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa. 8. Resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales.
<b>En segunda instancia</b>	1. Recurso de apelación contra autos y sentencias de los juzgados provinciales. 2. Recursos de queja contra providencias de los juzgados provinciales.

<b>Otras</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Recursos de revisión contra sentencias firmes de juzgados provinciales.</li> <li>2. Cuestiones de competencia entre juzgados provinciales.</li> <li>3. Recurso de casación para la unificación de doctrina autonómica y en interés de la ley autonómica.</li> <li>4. Actos y disposiciones de las juntas electorales provinciales.</li> </ol>
--------------	---

**6850 Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo**  
(LJCA art.6 y 9 )

En la actualidad existen 12. Al extenderse su **competencia** sobre todo el territorio nacional, solo conocen de actuaciones sometidas al Derecho administrativo llevadas a cabo por órganos pertenecientes a la Administración General del Estado. Sus competencias son las siguientes:

<b>Administración General del Estado</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuestiones de personal. Actos dictados por ministros y secretarios de Estado, salvo que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio.</li> <li>2. Sanciones administrativas de no más de 60.000 euros o no más de 6 meses de cese de actividades o privación de derechos.</li> <li>3. Actos o disposiciones de organismos públicos dependientes de la Administración General del Estado con competencias en todo el territorio nacional.</li> <li>4. Actos de los ministros y de los secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial que no excedan de 30.050 euros.</li> <li>5. Resoluciones que acuerden la inadmisión de peticiones de asilo político.</li> <li>6. Resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva.</li> </ol>

**6852 Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional**  
(LJCA art.6 y 11 )

Las competencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se desdoblán con las de los juzgados centrales. Son las **siguientes**:

<b>En única instancia</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Actos y disposiciones de los ministros y de los secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio.</li> <li>2. Convenios entre Administraciones públicas de ámbito nacional.</li> <li>3. Actos de naturaleza económico-administrativa dictados por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), en materia de tributos propios de la Administración General del Estado.</li> <li>4. Recursos contra actos dictados por los órganos encargados de luchar contra la financiación terrorista creados por la LO 4/2003.</li> <li>5. Resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en contratos de ámbito nacional.</li> <li>6. Recursos contra los actos del Banco de España y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), adoptados conforme a lo previsto en la L 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.</li> </ol>
<b>En segunda instancia</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Recurso de apelación contra autos y sentencias dictados por los juzgados centrales.</li> <li>2. Recursos de queja contra providencias de los juzgados centrales.</li> </ol>
<b>Otras</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Recursos de revisión contra sentencias firmes de los juzgados centrales.</li> <li>2. Cuestiones de competencia entre juzgados centrales.</li> </ol>

**6854 Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**  
(LJCA art.6 y 12 )

Las competencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo son las **siguientes**:

<b>En única instancia</b>	<b>Otras</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las comisiones delegadas del Gobierno.</li> <li>2. Actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial.</li> <li>3. Actos y disposiciones de los demás órganos constitucionales en materia de personal, administración y gestión patrimonial (Congreso, Senado, Tribunal</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Recursos de casación de cualquier modalidad (ordinario, unificación de doctrina o interés de Ley) cuando se interprete normativa estatal o comunitaria europea.</li> <li>2. Recursos de revisión contra sentencias firmes de los tribunales superiores de justicia, Audiencia Nacional o Tribunal Supremo.</li> <li>3. Actos y disposiciones de la Junta Electoral Central.</li> </ol>

En única instancia	Otras
Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo).	

#### Precisiones

Es necesario poner de manifiesto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo puede actuar como **sala de instancia** en este orden jurisdiccional, siendo así cuando conoce de las actuaciones sometidas a Derecho administrativo llevadas a cabo por el Consejo de Ministros o por las comisiones delegadas del Gobierno o de las actuaciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial de los órganos constitucionales. Es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el único en que sucede este hecho.

Asimismo, debemos decir que, desde la reforma llevada a cabo por la L 10/1992 , de medidas urgentes para la reforma procesal, el Tribunal Supremo, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ejerce como verdadero **tribunal casacional**, puesto que es esa Ley la que, modificando la entonces vigente LJCA/1956, introduce por primera vez el recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo.

- 6855 Existe una laguna destacable en la regulación que efectúa este precepto de las competencias del Tribunal Supremo en este orden jurisdiccional. Nos referimos concretamente a la competencia para la **fiscalización de los reales decretos** que puede dictar el presidente del Gobierno ( L 50/1997 art.25.b ). La competencia para el conocimiento de dichos reales decretos habría que residenciarla en el Tribunal Supremo, dado que el poder fiscalizador de la Audiencia Nacional solo alcanza hasta el nivel de ministro (nº 6852 ).

#### SECCIÓN 4

## Competencia territorial

(LJCA art.14)

- 6860 Se establece como **regla general** para la determinación de la competencia territorial de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo el lugar en que tenga su sede el órgano que hubiera dictado la disposición o el acto originario impugnado.

No obstante, este principio o regla general conoce **excepciones**:

**a)** Así, en materia de **responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones** será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquel su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado. Ahora bien, como tiene reiteradamente ha declarado nuestra jurisprudencia, la elección solo puede operar en el ámbito de una comunidad autónoma ( TS 30-10-01, EDJ 48464 ).

**b)** Asimismo, la competencia corresponde al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen **planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias** y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada. Esta regla, tomada de la legislación procesal civil, se acoge por la LJCA con carácter imperativo, sin dejar elección al demandante, pero ello siempre que no se dé el supuesto de la regla comentada en la letra a) anterior, en cuyo caso esta regla cede a favor del fuero de la sede del órgano que dictó el acto originario.

Por último, si el acto originario impugnado afecta a una **pluralidad de destinatarios** y fueran diversos los juzgados o tribunales competentes según las reglas anteriores, la competencia vendrá atribuida al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiera dictado el acto originario impugnado ( LJCA art.14.2 ).

#### SECCIÓN 5

## Distribución de asuntos

(LJCA art.15 a 17 )

- 6865 Las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales colegiados de este orden jurisdiccional actúan en **secciones**. Así se establece respecto del Tribunal Supremo ( LJCA art.15.1 ), de la Audiencia Nacional ( LJCA art.16.1 ) y de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas ( LJCA art.16.2 ).

La **composición** de estas secciones será decidida por el presidente según los criterios aprobados anualmente por la sala de gobierno, a propuesta de aquel ( LOPJ art.198 ).

Las salas serán presididas por el **presidente** de la sala, por el presidente de sección o, en su defecto, por el magistrado más antiguo de los que la integren ( LOPJ art.198.2 ).

En el caso del **Tribunal Supremo**, para la vista o deliberación y fallo de los asuntos será necesaria la concurrencia del que presida y de todos los magistrados que componen la sección para decidir los recursos de casación y revisión y de 4 en los demás casos ( LJCA art.15.2 ). Hay que indicar que este número tiene un carácter de mínimo. Para el despacho ordinario de los asuntos será suficiente la concurrencia del que presida y 2 magistrados ( LJCA art.15.3 ).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la **Audiencia Nacional** se compondrá de las secciones que aconseje el número de asuntos, cuyo presidente será el que lo fuere de la Sala o el magistrado más antiguo de los integrantes de la sección ( LJCA art.16.1 ).

Las salas de lo contencioso-administrativo de los **tribunales superiores de justicia**, cuando el número de sus miembros exceda de 5, actuarán divididas en secciones, cuyo presidente será el que lo fuere de la sala o el magistrado más antiguo de los que integren la sección ( LJCA art.16.2 ).

Tanto para la **vista, deliberación y fallo** como para el **despacho ordinario** de los asuntos será suficiente la concurrencia del que presida y 2 magistrados, a diferencia de lo que sucede con el funcionamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, donde existe distinta composición dependiendo de que se trate del despacho ordinario de los asuntos o de la vista, deliberación y fallo, en los términos vistos más arriba.

No obstante, se establece una regla especial aplicable únicamente a los tribunales superiores de justicia: para la resolución de los **recursos de casación** en interés de la Ley, de casación para la unificación de doctrina y **recursos de revisión** se encomendará a una sección de la sala de lo contencioso-administrativo que tenga su sede en el tribunal superior de justicia compuesta por el presidente de dicha sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las secciones de las mismas, en número no superior a 2; y por los magistrados de la referida sala o salas que fueran necesarios para completar un total de 5 miembros ( LJCA art.16.4 ). Esta regla especial solo rige, como decimos, respecto de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, que son los órganos jurisdiccionales con competencia para la resolución de estos recursos. Por consiguiente, para la Audiencia Nacional siempre rige la regla general de la misma composición de presidente más 2 magistrados.

6867 Respecto al **reparto de asuntos entre las diversas salas** de un mismo tribunal, o entre las diversas secciones de una misma sala, corresponde a la sala de gobierno del respectivo tribunal, teniendo en cuenta la naturaleza y homogeneidad de la materia a que se refieren los recursos la que acuerde dicho reparto ( LJCA art.17.1 ).

Para el **reparto de asuntos entre los juzgados provinciales** de una misma localidad, se establece que, con idénticos criterios, es decir, teniendo en cuenta la naturaleza y homogeneidad de la materia a que se refieren los recursos, la aprobación del reparto corresponderá a la sala de gobierno del tribunal superior de justicia, a propuesta de la junta de jueces del orden jurisdiccional contencioso-administrativo ( LJCA art.17.2 ).

Los **acuerdos sobre distribución de asuntos** se adoptarán cada 2 años y se comunicarán al Consejo General del Poder Judicial al solo efecto de su publicación, antes de la apertura de tribunales, en el Boletín Oficial del Estado o en el de la comunidad autónoma, según corresponda ( LJCA art.17.3 ).

Sobre la distribución de asuntos entre **órganos jurisdiccionales con la misma competencia**, ténganse en cuenta también lo dispuesto en la LOPJ art.152.1.1º, 152.2.1º, 159.2 y 167 .

El **incumplimiento** de las normas de competencia dará lugar a un vicio de incompetencia contra el que se podrá reaccionar interponiendo tanto un recurso ordinario (apelación) como, incluso, un recurso extraordinario (casación).

#### Precisiones

El principio esencial que hay que respetar en cuanto al reparto de los asuntos y que, por ende, no hay que infringir, es el principio constitucional del **derecho al juez predeterminado por la Ley**. Como no ha sido infrecuente en otros tiempos que una vez abierto un proceso judicial se cambiasen las normas de reparto de los asuntos, con el objetivo de paliar este tipo de tentaciones, se establece que en caso de resultar alterada la competencia de los distintos juzgados con sede en un mismo partido judicial, de las diversas salas de un mismo tribunal o de las diversas secciones de una sala por razón de una nueva distribución de asuntos, de los procesos en tramitación continuará conociendo y fallará el órgano jurisdiccional que resulte competente al tiempo de la interposición del recurso, según los acuerdos entonces vigentes ( LJCA art.17.3 párr 2º ). Es evidente que este precepto está dictado para evitar ataques al principio citado, pero lo que no se puede evitar con la dicción literal de este precepto es la posible utilización arbitraria de LOPJ art.197 , que establece que podrán ser llamados, para formar sala, todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el presidente, o la mayoría de aquellos, lo estime necesario para la Administración de Justicia, lo que puede suceder cuando el asunto tenga una especial sensibilidad política.

## Partes

6870	1. Posición jurídica	6875
	2. Capacidad procesal y capacidad para ser parte	6880
	3. Legitimación	6885
	4. Acción pública	6900
	5. Acción vecinal	6905
	6. Límites impugnativos	6910
	7. Parte demandada y codemandados	6920
	8. Parte demandante	6925
	9. Transmisibilidad de la legitimación: legitimación derivativa	6930
	10. Representación y defensa	6935

6872 En todo proceso administrativo se dan auténticas partes procesales; son partes aquella que deduce y aquella frente a la que se deduce la pretensión procesal administrativa objeto del recurso (González Pérez, 2003).

Como en todo proceso judicial, en el contencioso-administrativo nos encontramos, **como mínimo**, con dos partes: el demandante y el demandado. Eventualmente, podemos encontrarnos en el proceso contencioso-administrativo con los codemandados, que serán los terceros interesados que puedan resultar afectados en sus derechos o intereses legítimos por la tramitación del proceso.

En el contencioso, la **parte demandante** es, con carácter general, un sujeto distinto a la Administración. Solo hay dos supuestos en que la **Administración pública** adopta la posición de demandante:

- El primero de ellos tiene lugar cuando la Administración declara **lesivo para los intereses generales** un acto administrativo y, consecuentemente, al ser un acto declarativo de derechos sobre el que no se quiere que la Administración decida en último término, debe impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que esta se pronuncie con carácter definitivo acerca de su validez o invalidez ( LPAC art.107 ).
- El segundo supuesto es aquel en que una Administración pública adopta la posición de demandante dentro del proceso se produce cuando el pleito **enfrenta a dos Administraciones públicas** y, consecuentemente, una adopta la posición de demandante y la otra la posición de demandada.

6874 Fuera de los dos supuestos descritos, la posición de la Administración pública dentro del proceso contencioso-administrativo es la de **demandada**, lo cual es entendible si se tiene en cuenta que la Administración pública, al gozar de potestades exorbitantes, como la autotutela, goza de una posición procesal privilegiada, en el sentido de que no necesita acudir a los tribunales para satisfacer sus pretensiones, sino que puede imponer la interpretación jurídica que defienda, incluso de manera coercitiva.

Recordemos que la Administración goza de **autotutela declarativa**, consistente en declarar lo que es o no conforme a Derecho, gozando dicha declaración de presunción de validez *iuris tantum*.

Pero también goza la Administración de **autotutela ejecutiva**, complemento ideal de la anterior, sin la cual aquella tendría poco sentido. En virtud de la autotutela ejecutiva, la Administración pública puede obligar al destinatario de un acto administrativo a cumplir con el contenido del mismo cuando se resiste a su cumplimiento a través de la utilización de alguno de los siguientes **medios de ejecución forzosa** ( LPAC art.101 a 105 ): apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas.

Pues bien, en ambos casos, la Administración pública no necesita acudir a un juez o tribunal para que, bien refrende que la interpretación que de una norma del ordenamiento jurídico ha efectuado mediante el dictado de un acto administrativo es correcta o para, en último término, como hemos señalado, imponer al ciudadano el respeto a dicha interpretación jurídica. Es por ello por lo que se explica que la Administración no necesite ponerse en la situación de demandante en el proceso contencioso, sino que, más bien, el proceso surge *a posteriori* como forma de **fiscalización** de la actuación administrativa previa.

Por su parte, los **codemandados**, como se ha apuntado ya, serán aquellos sujetos que se hayan visto favorecidos por la actuación administrativa previa contra la que ahora acciona el demandante y que, por ende, ostentarán un derecho subjetivo o interés legítimo que podrán defender acudiendo al proceso argumentando la legalidad de dicha actuación administrativa.



- 1) La LJCA acabó con la figura del **coadyuvante** que se recogía en la LJCA/1956.
- 2) El estudio de las **partes procesales** en el proceso contencioso-administrativo se expone con detalle en nº 1350 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018.

### 1. Posición jurídica

---

- 6875 Son tres los **principios** que explican la posición de las partes en el proceso: el principio de la dualidad de las partes, el principio de la igualdad de las partes y el principio de contradicción.

El principio de **dualidad de las partes** es inherente al concepto de proceso e implica la necesidad de que existan al menos dos partes contrapuestas dentro del proceso, pues no puede concebirse un proceso sin partes contrapuestas.

El principio de **igualdad de las partes** dentro del proceso impone que el ordenamiento jurídico no otorgue a una de las partes medios o armas procesales superiores o inferiores que le sitúen en una posición de ventaja respecto de la otra parte.

El principio de **contradicción** se configura como el eficaz instrumento con que cuenta el ordenamiento jurídico para descubrir la verdad de los hechos mediante el contraste de los aportados por cada una de las partes y es, desde luego, una manifestación clara del principio de tutela judicial efectiva y de defensa (ver, en este sentido, TCo 154/2000 ).

### 2. Capacidad procesal y capacidad para ser parte

---

- 6880 La capacidad, desde un punto de vista jurídico-material, tiene dos vertientes: capacidad jurídica y capacidad de obrar. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico-procesal, la capacidad se desdobra también en dos: capacidad para ser parte y capacidad procesal.

La **capacidad para ser parte** es conversión en términos procesales de la capacidad jurídica, es decir, la actitud para ser titular de derechos y obligaciones procesales.

La **capacidad procesal**, por su parte, es la proyección de la capacidad de obrar, es decir, la actitud para realizar por sí actos procesales.

La capacidad de las partes es el primer **requisito procesal** que se debe analizar en cualquier pleito antes de entrar en el análisis sobre el fondo del asunto.

#### 6881 Capacidad para ser parte

Respecto de las **personas físicas**, cualquiera, por el mero hecho de ser persona, puede ser parte en un proceso judicial. La capacidad para ser parte es, por tanto, innata a la persona. Acompaña a esta desde su nacimiento hasta su muerte. Así se concibe en la Constitución cuando se afirma que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales ( Const art.24 ).

Sin embargo, por lo que hace referencia a las **personas jurídicas**, no se presenta ese mismo carácter de naturalidad en cuanto a la adquisición de la capacidad para ser parte en un proceso judicial, sino que aquí debemos encontrarnos con un hecho artificial derivado de la necesidad de que la persona jurídica adquiera dicha capacidad a través de la constitución como tal mediante el cumplimiento de los requisitos, mucho mayores, exigidos por el ordenamiento jurídico para ello. Ahora bien, desde el momento en que la persona jurídica **adquiere tal personalidad** y en tanto no la pierda puede ser parte en un proceso en defensa de sus intereses. La capacidad para ser parte existe en tanto existe la persona jurídica ( LEC art.6.3º ). Sobre la necesidad de que las personas jurídicas acrediten su personalidad mediante la **exhibición del cumplimiento de los requisitos** establecidos por el ordenamiento jurídico para la adquisición de su personalidad, ver TS 4-2-92, EDJ 945 .

- 6882 Desde el punto de vista del **Derecho público**, gozan de capacidad para ser parte en un proceso contencioso-administrativo todas las entidades que integran la Administración pública, como se confirma claramente al establecerse que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo ( LJCA art.1 ).

Desde el punto de vista del **Derecho privado**, se les reconoce capacidad para ser parte en procesos judiciales al reconocer como personas jurídicas a las siguientes ( CC art.35 ):

1. Corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. En este caso, su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Con este precepto se engloba a la gran mayoría de personas jurídicas existentes en nuestro país, quedando fuera del mismo y por lo tanto no reconociendo personalidad jurídica y, consecuentemente, capacidad para ser parte en un proceso a entes menos habituales como las comunidades de bienes o las uniones sin personalidad.

### 6883 Capacidad procesal (LJCA art.18)

Al igual que no todas las personas con capacidad jurídica tienen capacidad de obrar, no todas las personas con **capacidad para ser parte** tienen capacidad procesal.

Puede darse el caso, por ejemplo, que una **persona física**, que tiene capacidad jurídica por el mero hecho de serlo, no tenga capacidad de obrar, es decir, esté totalmente incapacitada, o que tenga dicha capacidad de obrar limitada. De hecho, las personas físicas que tengan limitada total o parcialmente su capacidad de obrar deberán comparecer en juicio asistidos por la persona que ostente su tutela, curatela o patria potestad.

Por su parte, las **personas jurídicas** actúan en juicio a través de las personas físicas que ostentan su representación.

La **capacidad de obrar** y, consecuentemente, la capacidad procesal que se reconoce por el ordenamiento jurídico administrativo tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas es prácticamente idéntica a la prevista en el Derecho civil, en donde se inspira el Derecho administrativo en este punto, con algunas diferencias que, finalmente, como veremos, no son tales. Nos referimos concretamente al reconocimiento, al menos en teoría, de una capacidad procesal a los **menores de edad** para la defensa de sus intereses sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela ( LJCA art.18 párr 1º ). No obstante, se hace depender esta posibilidad de que dicha actuación solitaria por parte de los menores esté **permitida por el ordenamiento** jurídico, cosa que, como puede fácilmente comprenderse, no ocurre con frecuencia, por lo que la virtualidad práctica de dicha previsión es, todavía hoy, más que dudosa, a pesar de que en los últimos tiempos, desde la reforma operada en el Código Civil por la L 11/1981 , completada por la LO 1/1996 , de protección jurídica del menor, se pretenda impulsar una interpretación restrictiva de las **limitaciones a la capacidad de obrar** de los menores como consecuencia de un desarrollo legislativo que, progresivamente, va reconociendo al menor como sujeto de derechos con autonomía para la defensa de sus intereses, especialmente en el terreno de los derechos de la personalidad.

6884 Aparte de la edad, la otra circunstancia que en otros tiempos más incidencia tenía en el reconocimiento de la capacidad procesal de las personas físicas es la **nacionalidad**, pero, hoy en día, con carácter general, la nacionalidad no afecta a la capacidad procesal, pues las personas extranjeras gozan en España de capacidad procesal ( CC art.27 ; LO 4/2000 art.3 ).

Respecto de las **personas jurídicas**, como se ha dicho, para que puedan actuar en juicio deberán hacerlo a través de sus representantes legales. Dicha **representación legal** no solo se acredita mediante el poder otorgado al efecto a favor de una determinada persona sino que se exige acuerdo del órgano competente de la respectiva persona jurídica en virtud del cual se exprese la voluntad de actuar.

Así, a efectos procesales se exige, para que las personas jurídicas puedan ser admitidas para actuar en juicio, que se acompañe al **escrito de interposición** del recurso contencioso-administrativo el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación ( LJCA art.45.2.d ).

En el caso de las **personas jurídico-públicas**, especialmente en el caso de las Administraciones territoriales, el ejercicio de acciones en defensa de los intereses de las mismas requiere el acuerdo expreso de sus órganos de gobierno y si, por razón de urgencia, no pudiera obtenerse dicho acuerdo, el ejercicio de acciones que lleve a cabo el máximo representante de las mismas, por ejemplo el alcalde en el caso de las entidades locales, debe ser ratificado expresamente con posterioridad por dicho órgano de gobierno, en el ejemplo que hemos puesto, el pleno de la corporación.

#### Precisiones

Sobre la exigencia de **acuerdo expreso** de los órganos de gobierno de las entidades públicas para la representación y defensa en juicio de sus intereses, téngase en cuenta TS 25-1-01, EDJ 32957 .

6885 Puede definirse la legitimación como la aptitud para ser parte en un proceso concreto, a **diferencia de la capacidad**, que es la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso. Ello se deriva de la relación que dicha parte tenga con el objeto del proceso, debiendo existir algún tipo de relación entre sí que habilite a la parte a defender un derecho subjetivo o interés legítimo en el proceso concreto de que se trate. Esa relación existente entre el sujeto (la parte) y el objeto (el derecho o el bien) se concreta en una pretensión, que solo será admisible si el que la formula ostenta legitimación para ello.

Podríamos establecer distintos tipos de clasificaciones en torno a la legitimación para actuar como parte en un proceso concreto, pero, dadas las características de esta obra y el contexto para el que está formulada nos ha parecido más relevante establecer la distinción en función del **carácter público o privado** del sujeto actuante.

#### a. Personas físicas o jurídicas privadas

(LJCA art.19.1.a)

6887 Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las personas físicas o jurídicas que ostenten un **derecho o interés legítimo**. Por consiguiente, en la esfera jurídica de los particulares, ya sean personas físicas o personas jurídicas, lo único que exige el ordenamiento jurídico es que dichas personas tengan una **relación con el objeto del proceso**, es decir, para el ámbito contencioso-administrativo, que exista una actuación llevada a cabo por una Administración pública, sometida a Derecho administrativo, que afecte directamente a su esfera jurídica.

Como ya se ha apuntado anteriormente, además, en el proceso contencioso-administrativo, la posición de la personas física o jurídico-privada es una **posición activa**, puesto que asume la posición de demandante en el proceso, por lo que ostenta una legitimación activa para la defensa de aquellos derechos subjetivos o intereses legítimos que se hayan podido ver afectados por la actuación de una Administración.

Dentro de la legitimación activa reconocida por la Ley jurisdiccional a las personas jurídico privadas destaca la **acción pública** y la **acción vecinal**, que serán objeto de comentario aparte (nº 6900 s. ).

#### b. Personas jurídico-públicas

6889 Las personas jurídico-públicas ostentan, con carácter general, salvo en dos casos excepcionales (declaración de lesividad y pleitos entre dos Administraciones públicas: nº 7025 y nº 7029 ) la posición de demandadas, por lo que ostentan, normalmente, una **legitimación pasiva** en los procesos contencioso-administrativos cuando actúan para defender la legalidad de su actuación frente a la potencial impugnación de sus actos que pueda llevar a cabo una persona física o jurídico privada. No obstante, también están legitimadas para actuar como demandantes y, por tanto, tener legitimación **activa**, para impugnar actuaciones llevadas a cabo por otras Administraciones públicas o por ellas mismas cuando entienden que vulnera la legalidad previa declaración de lesividad, como se ha apuntado ya.

La **concreta legitimación** de todas y cada una de las entidades públicas en cuestión sería la siguiente.

#### 6890 Administración General del Estado

(LJCA art.19.1.c)

La Administración General del Estado está legitimada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los **actos y disposiciones** de la Administración de las comunidades autónomas y de los organismos públicos vinculados a estas, así como los de las entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.

De la dicción literal de este precepto se extraen las siguientes **conclusiones**:

1. Que la Administración General del Estado tiene legitimación activa para impugnar ante el orden contencioso-administrativo las actuaciones sometidas al Derecho administrativo del resto de **Administraciones públicas territoriales** (comunidades autónomas y entidades locales) y del resto de organismos no sometidos a su fiscalización. Recordemos que las relaciones entre las Administraciones públicas territoriales se rigen por el principio de competencia y no por el principio de jerarquía, por lo que las controversias que opongan a la Administración General del Estado con cualquier otra Administración pública territorial deberán ser resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa en último término.

2. Que la Administración General del Estado no tendrá legitimación activa para impugnar los actos sometidos a Derecho administrativo procedentes de **alguno de sus órganos integrantes**, pues sobre ellos pesa el principio de jerarquía, ni sobre sus organismos públicos dependientes, pues sobre ellos se aplica el principio de tutela.

#### Precisiones

El conocimiento y resolución de los **conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas** ( Const art.155 , 161.2 y 162 ; LOTC art.60 a 72 ), así como aquellos entre el Estado y las **entidades locales** ( LBRL art.65 , 66 y 67 ; LOTC art.75 bis , 75 ter , 75 quater y 75 quinquies ) están atribuidos al Tribunal Constitucional. Su estudio se expone en nº 9290 s. , así como en nº 6740 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018.

#### 6892 Administraciones de las comunidades autónomas

(LJCA art.19.1.d)

Las comunidades autónomas tienen legitimación para impugnar los actos y disposiciones que afecten al **ámbito de su autonomía**, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u organismo público, así como los de las entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.

#### Precisiones

Como se ha comentado anteriormente, en un Estado compuesto como el diseñado por la Constitución, donde se reconoce autonomía para la gestión de sus respectivos intereses a distintas instancias territoriales, las relaciones entre ellas no están presididas ya por el **principio de jerarquía**, puesto que no tendría sentido entonces ni virtualidad práctica el reconocimiento del principio de autonomía, sino que opera el **principio de competencia**. Por ello, cuando una comunidad autónoma entiende que otra Administración pública territorial o cualquier otro organismo o entidad pública ha invadido su esfera competencial, puede accionar para su defensa ante la jurisdicción contencioso-administrativa o, como se ha visto, ante el Tribunal Constitucional. Téngase en cuenta lo dicho respecto a los conflictos que oponen al Estado con otras Administraciones públicas territoriales, puesto que la regulación para las comunidades autónomas es la misma (nº 6890 ).

#### 6894 Entidades locales

(LJCA art.19.1.e)

Las entidades locales ostentan legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar los actos y disposiciones que afecten al **ámbito de su autonomía**, emanados de las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, así como los de organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras entidades locales.

De nuevo nos encontramos con que la legitimación activa de las entidades locales se regula para la defensa de las **competencias constitucionalmente atribuidas** a su favor, para la defensa de sus respectivos intereses y, por ende, cuando otra Administración pública territorial invade su esfera competencial, podrán accionar en defensa de las mismas.

#### Precisiones

Como se ha venido expresando, el sistema de **conflicto de competencias** de las entidades locales está regulado tanto a nivel administrativo ( LBRL art.65 a 67 ), como a nivel constitucional ( LOTC art.75 bis , 75 ter , 75 quáter y 75 quinquies ). Ver nº 9315 s.

#### 6895 Otras entidades o instituciones que tienen atribuida la defensa de intereses generales

(LJCA art.19.1.b, f, g, i)

El **Ministerio Fiscal** ostenta legitimación para intervenir en los procesos que determine la Ley.

La **organización y funcionamiento** del Ministerio Fiscal se regula en la L 50/1981 , que establece las funciones y cometidos de esta institución ( L 50/1981 art.1 y 3 a 5 ). Existen bastantes leyes sectoriales que reconocen legitimación activa al Ministerio Fiscal para intervenir en procedimientos administrativos o procesos judiciales en defensa de la legalidad (p.e. LEF art.5.1 ).

Se reconoce legitimación a las **entidades de Derecho público** con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, para la defensa de sus intereses en juicio, con la

limitación de que no podrán impugnar la actividad de su ente matriz, como ya se ha apuntado anteriormente cuando se examinaba la legitimación de la Administración General del Estado.

Las **corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades** que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos también tienen reconocida legitimación, siempre que ostenten algún derecho o interés legítimo en relación con el objeto del pleito de que se trate.

De manera más concreta, para la defensa del derecho de **igualdad de trato entre mujeres y hombres**, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

La capacidad de los **sindicatos** para la defensa en juicio de sus afiliados se contempla con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico (sobre los límites de su legitimación activa: TSJ Madrid 31-5-10, EDJ 198512 ; 15-9-08, EDJ 288230 ; TSJ Andalucía 29-9-08, EDJ 255748 ).

#### 4. Acción pública

---

6900 En los últimos tiempos la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso contencioso-administrativo ante los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional en defensa de intereses generales de distinta índole que se consideran fundamentales para la colectividad, se ha hecho más patente en nuestro ordenamiento jurídico. El acceso de **intereses difusos** al proceso contencioso-administrativo es, pues, una realidad hoy en día.

En la acción popular o pública no se exige ningún interés especial ni derecho directamente afectado al sujeto demandante. Tan solo se exige que accione en **beneficio de la colectividad** y para el **restablecimiento de la legalidad** en una materia sensible socialmente, quedando restringido su derecho para accionar a favor de cualquier particular. Así lo entiende la jurisprudencia ( TS 10-11-04, EDJ 197435 ).

El **reconocimiento** de la acción pública debe ser efectuado de manera expresa por una Ley.

Contamos, a día de hoy, con acción pública en ámbitos importantes de la actividad administrativa, como por ejemplo para la defensa de la **legalidad urbanística** ( LS art.62 ) o para la defensa del **medio ambiente** ( L 27/2006 art.22 ).

#### 5. Acción vecinal

(LBRL art.68)

---

6905 Se reconoce el derecho de los vecinos para ejercer acciones en defensa de la propia **entidad local**. Hemos de señalar que el vecino no puede accionar directamente, sino que solo lo puede hacer, subsidiariamente, cuando la entidad local a la que pertenece no lo ha hecho, es decir, no ha actuado en defensa de los intereses vecinales. Se trata, por tanto, de un caso de **acción por sustitución**.

Para que los vecinos puedan accionar en defensa de los intereses vecinales en sustitución de la corporación local deben darse los siguientes **requisitos**:

- a) Ostentar la condición de **vecino**, lo cual se consigue mediante la inscripción en el padrón municipal ( LBRL art.15 ).
- b) Gozar de la plenitud de derechos civiles y políticos, es decir, reunir los requisitos de **capacidad** (básicamente, ser mayor de edad y no estar incapacitado).
- c) Haber **requerido previamente** de actuación a la corporación local.

#### 6. Límites impugnativos

(LJCA art.20)

---

6910 Se establecen una serie de límites a la hora de interponer un recurso contencioso-administrativo contra la **actividad de una Administración pública**.

La jurisprudencia entiende que estos supuestos no pueden ser considerados como casos de falta de legitimación sino que se trata de auténticas **prohibiciones** para impugnar actos o disposiciones administrativas incardinadas en la misma materia o tema común. Ahora bien, el tratamiento procesal que cabría dar a un eventual incumplimiento de estas prohibiciones para accionar sería el equivalente a una falta de legitimación, por lo que cabría inadmitir el recurso a *limine* de oficio por el juzgado o tribunal contencioso-administrativo correspondiente.

6912 **Órganos de la Administración pública y miembros de órganos colegiados**

La prohibición de accionar contra la actividad llevada a cabo por la Administración dentro de la que se encuadran estos órganos lo es tanto para los unipersonales como para los colegiados. Hay que hacer notar que la prohibición abarca solo al **aspecto institucional** de los miembros de esos órganos unipersonales o colegiados en tanto en cuanto sean titulares de los mismos, pero no abarca, obviamente, a su condición de ciudadanos que puedan accionar contra una Administración en defensa de sus derechos o intereses legítimos, lo que alcanza incluso al hecho de poder recurrir alguna actuación administrativa que les afecte directamente en su condición funcional (p.e. el reconocimiento de un trienio o la disconformidad con la distribución de unas vacaciones).

Se prevé la **autorización**, mediante Ley, de la posibilidad de que los miembros de una Administración puedan accionar contra los actos de la misma ( LJCA art.20.a ); o, lo que es lo mismo, se permite un **régimen de excepciones** a ese principio general. Pues bien, la excepción más destacable en este sentido la constituye el hecho de que los miembros corporativos, es decir, electos, de una entidad local puedan recurrir los actos o acuerdos que esta haya dictado ( LBRL art.63.1.b ), con lo que dichos miembros no solo pueden salvar su responsabilidad mediante el voto en contra del acto o acuerdo adoptado por la corporación, sino que pueden ir más lejos, llegando a impugnarlo, siempre que se acredite el voto en contra. La facultad, por tanto, no abarca a los miembros corporativos que no hayan participado en la votación ( TS 23-2-89, EDJ 2006 ), quienes podrán impugnar el acto o acuerdo como ciudadanos, pero no como corporativos.

#### 6914 Particulares que obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de la Administración pública

(LJCA art.20.b)

Esta prohibición abarca a aquellos **sujetos privados** que, sin llegar a ser titulares de un órgano administrativo y, por ende, no estar integrados en la organización administrativa, sí que actúan en la posición jurídica de la Administración, desempeñando funciones materialmente públicas. Sería el caso del denunciante.

El tratamiento que, no obstante, ha otorgado nuestra jurisprudencia al denunciante y la posición jurídica que este puede adoptar por lo que a la legitimación activa para impugnar la actuación administrativa puede llevar a cabo y, por ende, el entendimiento que de esta prohibición ha hecho ha sido un tanto desigual, reconociéndole legitimación para impugnar la actuación administrativa derivada de su denuncia cuando esta pudiera incidir de alguna manera en su esfera jurídica ( TS 7-5-97 ; 15-12-97 ; 22-12-97 ).

#### 6915 Entidades de Derecho público vinculadas a entidades públicas territoriales

(LJCA art.20.c)

La justificación de esta prohibición viene dada por la aplicación del principio de **tutela administrativa**. La prohibición se refiere solo y exclusivamente a la actividad desarrollada por su ente matriz, puesto que podrán impugnar la actividad llevada a cabo por otra Administración pública. Así, por ejemplo, una gerencia de urbanismo creada por un ayuntamiento no podrá impugnar la actividad llevada a cabo por el propio ayuntamiento, pero sí podrá impugnar la actividad que afecte al ejercicio de sus competencias realizada por otra Administración.

El inciso final del precepto exceptúa de esta prohibición a aquellos órganos a los que por Ley se haya dotado de un **estatuto específico de autonomía** respecto de dicha Administración. Sería el caso, por ejemplo, de los jurados provinciales de expropiación forzosa, cuyas resoluciones en cuanto a la determinación del justiprecio expropiatorio pueden ser objeto, y de hecho lo han sido, de impugnación por parte de otros órganos administrativos dependientes de la Administración General del Estado.

Respecto de la posibilidad de que los **colegios profesionales** puedan impugnar la actuación de su respectivo consejo general, la jurisprudencia se ha decantado por no aceptar tal posibilidad ( TS 14-5-93, EDJ 4512 ; 3-4-95, EDJ 1479 ; 26-7-96, EDJ 5374 ).

### 7. Parte demandada y codemandados

(LJCA art.21)

#### 6920 La parte que ha de considerarse como demandada en el proceso contencioso-administrativo es aquella que ostenta la **legitimación pasiva** o frente a quien se ha de deducir la pretensión.

Existe, no obstante, en este punto alguna diferencia entre el proceso civil y el proceso contencioso-administrativo, puesto que en este **no** es necesario que la pretensión se dirija **frente a personas concretas**, sino que bastará citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se pretenda impugnar, a excepción del proceso de lesividad, donde es necesario dirigir la demanda frente a los legitimados pasivamente para que se produzca su emplazamiento individualizado.

De hecho, la legitimación pasiva, a diferencia de la legitimación activa, no constituye un requisito procesal, salvo en el proceso de lesividad. Por ello, la falta de legitimación pasiva no es una causa de inadmisión del recurso (de las

previstas en LJCA art.69 ). Dicho esto, debemos señalar que la legitimación pasiva sí es, por el contrario, un **requisito de admisibilidad de la competencia**, por lo que habrá que acreditar ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo competente para conocer de la causa la legitimación pasiva para actuar en el pleito y, en caso de no hacerlo, el juzgado o tribunal no podrá admitir la participación de la parte como demandada en el juicio.

Se distinguen en materia contencioso-administrativa dos tipos de legitimación pasiva: el demandado principal y los codemandados. El **demandado principal** será la Administración u organismo constitucional cuya actividad se impugna (nº 6810 s. ). El **codemandado** será aquella persona o entidad cuyos derechos o intereses legítimos pudieran verse afectados en caso de ser estimada la pretensión de la parte demandante.

6922 Las **reglas generales** a este respecto ( LJCA art.21.1 ) no ofrecen demasiadas dificultades. Se trata de tres supuestos de hecho sencillos de manejar:

a) La impugnación de una actuación llevada a cabo por una Administración o por un organismo constitucional cuando interviene él o ella solo. En este caso, no cabe duda que hay que demandar al **autor** de dicha actividad.

b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran verse afectados. Es decir, los **codemandados**.

c) Las **aseguradoras de la Administración**, que se considerarán en todo caso codemandadas cuando se impugne la actividad objeto del seguro.

Por otra parte, se regulan los supuestos en que la actuación administrativa la ha llevado a cabo un **organismo o corporación pública** tutelada por una Administración territorial. En esos casos, habrá que entender por Administración demandada al ente tutelado si la actividad objeto de impugnación ha sido aprobada por el ente matriz, es decir, el ente matriz está de acuerdo con dicha actuación, o el ente matriz si la actividad llevada a cabo por el ente instrumental no ha sido ratificada por este ( LJCA art.21.2 ).

Se regula también la nueva realidad derivada de la instauración de un **recurso administrativo especial en materia de contratación pública** (RDLeg 3/2011 art.40 a 50 ), indicando que se entenderá por parte demandada las personas o la Administración a quien favorezca el contenido del recurso ( LJCA art.21.3 ).

Por último, ha de tenerse en cuenta que, cuando se impugna una **disposición de carácter general**, es decir, un reglamento o decreto legislativo *ultra vires*, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida ( LJCA art.20.4 ).

## 8. Parte demandante

---

6925 Como ya hemos indicado, con carácter general, la parte demandante en el proceso contencioso-administrativo, es decir, la legitimación activa la ostenta toda persona física o jurídica que tenga **un derecho o interés legítimo** afectado por una actuación llevada a cabo por una Administración pública o por un organismo constitucional.

Hemos señalado ya en otros apartados que los dos únicos supuestos en que una **Administración pública** se constituye en parte demandante en un proceso contencioso-administrativo son el proceso de lesividad y el caso en que una Administración impugna la actividad llevada a cabo por otra Administración (nº 6889 s. ).

## 9. Transmisibilidad de la legitimación: legitimación derivativa

(LJCA art.22)

---

6930 Se trata de lo que la doctrina ha denominado como «crisis procesal». En concreto, en este precepto se regula una crisis procesal subjetiva referente a las partes, que tiene lugar cuando en un momento determinado del proceso se dan ciertas circunstancias que determinan un **cambio de la parte**.

Hay que diferenciar este supuesto de crisis procesal de los casos en que se produce la **extinción del proceso** por terminación anormal del mismo, cosa que se produciría, por ejemplo, en el caso en que falleciera una de las partes. Por consiguiente, las crisis procesales no suponen una extinción del proceso, sino una continuación del mismo, adaptándolo a las nuevas circunstancias.

Este supuesto de hecho supone la **continuación del proceso** y para que se dé es necesario que la circunstancia que lo motiva tenga lugar dentro del proceso, una vez iniciado y antes de su terminación. Pueden distinguirse los siguientes momentos de sucesión de las partes (González Pérez, 2003):

1. Transmisión de la relación jurídica **durante la tramitación del procedimiento administrativo**. En este caso no se plantea ningún problema de legitimación procesal, puesto que la legitimación viene ya reconocida al demandante en el acto administrativo objeto de impugnación.

2. Transmisión de la relación jurídica después de dictado el acto que agote la vía administrativa, **antes de personarse en el proceso** contencioso-administrativo. En este supuesto, se exige acreditar la transmisión en el proceso contencioso, al tratarse de personas distintas a las que han intervenido en el procedimiento administrativo. Si se trata de la parte demandante se exige que se acompañe al escrito de interposición el documento o documentos que acrediten la legitimación del recurrente cuando la ostente por habérsela transmitido otro ( LJCA art.45.2.b ). Si no lo hace, incurrirá en un defecto de forma subsanable y, si no se subsana, se declarará la inadmisibilidad del recurso ( LJCA art.138 ).

3. Transmisión de la relación jurídica **durante el proceso**. Este supuesto es el que provoca la verdadera crisis procesal. Estamos aquí en presencia de un supuesto de **sucesión procesal**. La LEC regula tres supuestos de transmisión de la relación jurídica dentro del proceso ( LEC art.16 a 18 ): por muerte, por transmisión del objeto del proceso y la sucesión en casos de intervención provocada, que son los supuestos en que el demandado considera que un tercero debe ocupar su posición en el proceso mejor que él, debiendo decidir el juez o tribunal acerca de la cuestión mediante auto en el plazo de 5 días una vez planteado este incidente.

## 10. Representación y defensa

(LJCA art.23 y 24 )

6935 La representación es necesaria para poder comparecer en un proceso, de tal forma que no basta la capacidad para ser parte, la capacidad procesal o la legitimación para actuar en juicio, sino que se requiere lo que técnicamente se denomina **postulación**.

La postulación exigida por la LJCA es algo distinta a la que se contenía en la anterior LJCA/1956, fruto de la nueva planta de este orden jurisdiccional, de tal manera que para las actuaciones de los ciudadanos en general **ante órganos unipersonales** (juzgados provinciales y juzgados centrales) no es necesario estar asistido por procurador pero sí por letrado, mientras que para la actuación **ante órganos colegiados** (tribunales superiores de justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo), es obligatorio estar asistido por abogado y procurador.

### Precisiones

Recientemente se ha eliminado la previsión -secular en nuestro ordenamiento- que reconocía la posibilidad de que los **funcionarios públicos** de carrera pudiesen representarse a sí mismos en juicio sin necesidad de postulación para la defensa de sus derechos, siempre que no afectasen al nacimiento o extinción de la relación de servicio, por lo que, ahora, los funcionarios públicos de carrera se regirán, a efectos de representación, por las reglas generales de la LJCA para la representación y defensa en juicio de las personas físicas y jurídico-privadas.

6937 Respecto de las **personas jurídico-públicas**, se afirma que la representación y defensa de las Administraciones públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la LOPJ y en la L 52/1997 de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las comunidades autónomas ( LJCA art.24 ).

Así, la representación y defensa del **Estado** y de sus **organismos autónomos** se regula en LOPJ art.551.1 , y en la L 52/1997 . Por su parte, la representación y defensa de las **comunidades autónomas** y la de los **entes locales** se recoge en LOPJ art.551.3 , que establece la posibilidad de que los abogados del Estado, en los términos establecidos por la L 52/1997 , puedan defender a ambas Administraciones territoriales.

6939 La **falta de representación** es un defecto de forma subsanable que se apreciará de oficio por el juez o tribunal de lo contencioso-administrativo, otorgando, en su caso, un plazo de subsanación de 10 días y ordenando el archivo de las actuaciones si el defecto no se subsana en dicho plazo. La falta de postulación no se incluye como supuesto de inadmisibilidad de la demanda. No obstante, el juez o tribunal debe declarar en la sentencia la **inadmisibilidad del recurso**, sin entrar en el fondo del asunto, cuando el pleito se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o legitimada ( LJCA art.69.b ).

Sobre la **posibilidad de subsanación** de la representación, ver TS 2-7-08, EDJ 128233 . Asimismo, sobre la posibilidad de subsanación de la falta de la firma del letrado, ver TCo 95/1988 .

## SECCIÓN 7

# Actividad administrativa impugnabile

(LJCA art.1.1 y 25 s.)

6950 El **objeto del recurso contencioso-administrativo** alcanza las siguientes actuaciones de las Administraciones públicas territoriales y de sus entes públicos dependientes sometidas al Derecho administrativo, así como las



actuaciones de los organismos enumerados en LJCA art.1.3 , de la Ley en materia de personal, administración y gestión patrimonial:

- actos administrativos (nº 6952 );
- disposiciones generales (nº 6955 );
- inactividad de la Administración (nº 6957 );
- vía de hecho (nº 6960 ).

#### Precisiones

**1)** Las diferencias entre la **regulación actual** y la que se contenía en la antigua LJCA/1956 son notables. La ampliación del objeto del recurso supone un esfuerzo adicional por tratar de superar una de las notas que había caracterizado el recurso contencioso-administrativo como proceso al acto o, dicho de otro modo, un intento más de superar el sempiterno carácter revisor del proceso contencioso.

Inicialmente, el proceso contencioso-administrativo se configuró como un proceso al acto en que solo era admisible la pretensión que se formulase en relación a **actos administrativos**. Posteriormente, en la LJCA/1956, el objeto del recurso se amplió, incluyendo las **disposiciones generales** (reglamentos) y, finalmente, la vigente LJCA amplía de manera notable el objeto del recurso contencioso-administrativo, incluyendo dos ámbitos de actuación largamente demandados por la doctrina como paso necesario y definitivo para ampliar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos frente a las actuaciones administrativas, como son la **inactividad de la Administración** y la **vía de hecho**.

**2)** El **objeto del proceso** contencioso-administrativo y sus presupuestos se exponen con mayor detalle en nº 1655 s. y nº 1715 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018.

#### 6952 Actos administrativos

(LJCA art.25)

Para entablar un recurso contencioso-administrativo en el que el objeto de impugnación es un acto administrativo debemos tener en cuenta que dicho acto debe participar de unas **características concretas** y que, por ende, no todos los actos dictados por las Administraciones públicas son impugnables.

Solo son **impugnables** los actos que se sometan al Derecho administrativo, que sean declarativos y definitivos, es decir, que hayan puesto fin a un procedimiento administrativo, que hayan sido objeto de pronunciamiento administrativo previo mediante la resolución de un recurso administrativo o por resolución directa que pone fin a la vía administrativa y, por ende, que hayan puesto fin a la vía administrativa, bien, como se indica, mediante la resolución de ese recurso, en el caso del recurso de alzada interpuesto frente a actos que no han puesto **fin a la vía administrativa**, o bien mediante una resolución que pone fin directamente a la vía administrativa cuando no se interpone recurso de reposición.

Sin embargo, la jurisprudencia no acepta que se pueda declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por no haber agotado la vía administrativa si se ha producido una **notificación errónea** por parte de la Administración ( TS 13-6-86, EDJ 4088 ).

**6954** Son impugnables tanto los **actos expresos** como los actos **presuntos**. Estos últimos se producen cuando la administración no resuelve un procedimiento administrativo en el plazo máximo marcado por el ordenamiento jurídico, produciéndose entonces lo que se denomina técnicamente como «silencio administrativo», que será, obviamente, negativo en el caso de que se acuda a la impugnación judicial de dicho acto.

Los actos administrativos **de trámite** solo son impugnables en ciertos supuestos excepcionales ( LPAC art.112.1 ), pero, en todo caso, si no ponen fin a la vía administrativa deberían ser objeto de recurso previo de alzada antes de poder ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa ( TS 8-4-11, EDJ 42293 ; 13-2-12, EDJ 36314 ).

No son recurribles los actos que sean **reproducción de otros anteriores** definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma ( LJCA art.28 ). Se trata con ello de evitar que los interesados traten de provocar una actuación administrativa extemporánea para lograr el acceso a la jurisdicción fuera de plazo en los supuestos en que, bien ya se ha resuelto la cuestión, bien no se ha accionado en tiempo y forma contra la actuación administrativa, constituyendo una causa de inadmisibilidad del recurso ( LJCA art.69.c ). Para que estemos en presencia de un **acto confirmatorio** debe darse una identidad de sujetos ( TS 6-6-77 ), una identidad de pretensiones ( TS 11-5-77 ) y una identidad de fundamento ( TS 25-6-76 ).

#### 6955 Disposiciones de carácter general

En este caso, el objeto del recurso contencioso-administrativo queda referido a los **reglamentos** y a los **decretos legislativos** cuando excedan los límites de la delegación legislativa, es decir, cuando vayan *ultra vires*.

Hay que tener en cuenta que no existe una **legitimación** universal para la impugnación de este tipo de normas generales, sino que solo pueden ser impugnadas directamente por aquellas entidades, corporaciones o instituciones que tengan atribuida la defensa de intereses generales. Las personas físicas o jurídicas privadas solo pueden impugnar estas normas de manera indirecta, a través de sus actos de aplicación ( LJCA art.26.1 ).

#### Precisiones

La **cuestión de ilegalidad** ( LJCA art.27 ), tomada en sus rasgos fundamentales de la cuestión de inconstitucionalidad, es objeto de análisis como procedimiento contencioso especial en otro apartado de este trabajo (nº 7175 s. ). El objetivo fundamental que se pretende con la regulación de la cuestión de ilegalidad es acabar con la posibilidad de resoluciones contradictorias o distintas por parte de los diferentes juzgados o tribunales del orden contencioso-administrativo en situaciones idénticas.

#### 6957 Inactividad de la Administración

(LJCA art.29)

El recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración pública o de los órganos constitucionales es una novedad introducida en la LJCA.

La **inactividad formal** es la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento administrativo, es decir, la no contestación de una petición formulada por el particular, mientras que la **inactividad material** es una pasividad de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias.

#### Precisiones

1) Sin perjuicio de lo que se comentará posteriormente en relación al recurso contra la inactividad de la Administración (nº 6975 ), hemos de anticipar que la actual regulación contenida en la LJCA supone un **importante avance** respecto a la regulación anterior, pero adolece todavía de algunos defectos que deberían haber sido tenidos en cuenta por el legislador de manera más detenida.

2) En materia de **inactividad material de la Administración pública** debe citarse el siguiente trabajo: A. Nieto García: «La inactividad material de la Administración y el recurso contencioso-administrativo». *Revista de Administración Pública*, número 37 (1962), p. 63 s.

#### 6960 Actuaciones en vía de hecho

La vía de hecho tiene lugar cuando la Administración pública actúa prescindiendo total y absolutamente del **procedimiento legalmente establecido**, incumpliendo, por tanto, el límite formal aplicable a toda actuación administrativa, el cual, junto con el límite material del respeto al principio de legalidad, configuran los dos límites básicos y fundamentales a los que debe quedar sometida en todo momento la Administración.

Pues bien, cuando la Administración pública no se somete al procedimiento legalmente establecido pierde sus **prerrogativas o potestades**; en definitiva, pierde su *imperium*.

#### Precisiones

El recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales en vía de hecho es una novedad introducida por la LJCA y, como veremos más adelante (nº 6977 ), plantea algunos interrogantes respecto al **proceso interdictal civil** ( LPAC art.105 ).

### SECCIÓN 8

## Pretensiones de las partes

6970 Las pretensiones de las partes deben estar directamente relacionadas con el **objeto del recurso** y, por ende, dependerán de la actuación administrativa contra la que se recurra. La pretensión es, en definitiva, la petición que el demandante formula al juez o tribunal de lo contencioso-administrativo en orden a ver satisfechas sus expectativas

jurídicas en relación a una actuación administrativa que entienda no conforme a Derecho y perjudicial para su esfera jurídica.

#### 6972 Recurso de anulación (LJCA art.31.1)

El recurso de anulación abarca tanto a los actos administrativos expresos o presuntos como a las disposiciones de carácter general. El recurso de anulación persigue que los jueces o tribunales de lo contencioso-administrativo **declaren no ajustada a derecho** una actuación de la Administración que perjudica sus derechos o intereses legítimos y que se contiene en el referido acto expreso o tácito o en un reglamento o en un precepto de un Decreto legislativo que excede los límites de la delegación legislativa. Este recurso de anulación es el más frecuente y el que responde más fielmente al tradicional carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues para que se interponga se requiere un acto, o ahora también un reglamento, previo.

Es importante destacar que no se pueden introducir **pretensiones nuevas** en el recurso contencioso-administrativo que no se hubiesen planteado con carácter previo en el procedimiento administrativo, como confirmación al carácter revisor de este tipo de recurso ( TS 12-6-97, EDJ 4775 ).

#### 6974 Recurso de plena jurisdicción (LJCA art.31.2)

El recurso de plena jurisdicción pretende el reconocimiento de una **situación jurídica individualizada** que ha sido violentada por una actuación administrativa previa, llegando incluso a poder ser objeto de una indemnización por daños y perjuicios.

En este caso, la diferencia con el recurso de anulación se concreta en la petición formulada al órgano jurisdiccional por la parte. Mientras en el recurso de anulación se pretende la anulación de los **efectos de un acto** o la declaración de nulidad de un precepto reglamentario, aquí se incita al órgano jurisdiccional para que reconozca una situación jurídica individualizada preexistente al acto administrativo que la lesiona o consecuencia de su dictado, en virtud de la cual se genera su nacimiento. En el primer caso, lo que el demandante solicitará será que se respete y mantenga la situación de la que disfrutaba con anterioridad al dictado del acto administrativo y en el segundo que se cumpla con el contenido del acto y se constituya la situación jurídica que en él se contempla.

La **indemnización de daños y perjuicios** constituye una medida disuasoria adecuada para obligar a la Administración a respetar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y se configura como una medida sustitutoria para lograr el restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo cuando no es posible restablecer dicha situación de otra manera ( TS 2-10-00, EDJ 31044 ).

#### 6975 Recurso en materia de inactividad de la Administración (LJCA art.32.1)

La pretensión del demandante en este caso es la condena de la Administración al **cumplimiento de sus obligaciones** en los términos en que estén establecidas por el ordenamiento jurídico.

Lo que se pretende aquí por el demandante es que se obligue a la Administración a realizar una prestación a la que el ordenamiento jurídico le obliga, por lo que la sentencia deberá, en la medida de lo posible, establecer un **plazo** para que la Administración cumpla con la obligación de realizar esa prestación a la que el ordenamiento jurídico le obliga (p.e. a prestar los servicios públicos obligatorios previstos en LBRL art.26.1 ).

Es necesario destacar que aunque en estos procesos entablados contra la inactividad de la Administración no se requiere acto administrativo previo, sí que es necesario que el demandante se haya dirigido **con carácter previo** a la Administración, intimándole para que realice la actividad formal o material de que se trate y que esta reclamación no haya sido atendida por el órgano administrativo al que se haya dirigido, confirmando su voluntad de seguir sin actuar, por lo que no es necesario que el órgano administrativo se pronuncie sobre un acto o una disposición previa que, en puridad, no existe.

#### 6977 Recurso frente a una actuación administrativa en vía de hecho (LJCA art.32.2)

Ya se ha comentado que la Administración realiza este tipo de actuaciones cuando **no respeta el procedimiento** legalmente establecido.

La polémica surge desde que la LJCA regula la posibilidad de entablar un recurso contencioso contra este tipo de actuación administrativa en relación a la posibilidad de **reacción interdictal** que también se prevé frente a la vía de hecho administrativa ( LPAC art.105 ). Cabe destacar al respecto que este recurso por vía de hecho poco o nada

tiene que ver con un proceso interdictal, puesto que se trata de un proceso contencioso-administrativo ordinario y, por ende, la pretensión del demandante en el seno del mismo tiene un contenido más amplio.

Se regula un **recurso de plena jurisdicción** en materia de vía de hecho. La remisión expresa que se realiza a LJCA art.31.2 así lo indica claramente.

En concreto, las **posibles pretensiones** que en virtud de esos dos preceptos el demandante podrá exigir del juez o tribunal de lo contencioso-administrativo serían las siguientes:

- que la actuación material en vía de hecho se declare contraria a Derecho;
- que se ordene el cese de la actuación administrativa;
- que se adopten las medidas necesarias para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

Estas tres pretensiones pueden solicitarse de **forma separada o conjunta**, es decir, las tres a la vez.

6979

#### Precisiones

Pensemos, por ejemplo, en una **actuación expropiatoria** que lleva a cabo la Administración pública en la que se presenta con unas máquinas para derribar una vivienda sin que se haya incoado previamente el correspondiente y preceptivo procedimiento expropiatorio. En ese caso, el demandante deberá solicitar cuanto antes las tres **pretensiones** descritas:

- que se declare ilegal la actuación administrativa por constitutiva de vía de hecho (lo cual deberá ser automático si se constata que, en efecto, estamos en presencia de una vía de hecho);
- que cese dicha actividad y que se reconozca su derecho de propiedad y a seguir disfrutando del *ius possidendi* y del *ius possessionis*, en tanto en cuanto no se declare la utilidad pública de la citada casa; y
- que, con ello, se inicie consecuentemente el procedimiento expropiatorio siguiendo el procedimiento regulado en la LEF.

6980 La regulación de este recurso contencioso-administrativo contra actuaciones materiales en vía de hecho no deroga la apuntada posibilidad de interponer un **interdicto de retener o recobrar la posesión** contra la Administración pública cuando realice estas actuaciones ( LPAC art.105 ). Sin embargo, sí que es necesario elegir, es decir, si se utiliza una reacción frente a dicha actuación material en vía de hecho, interdicto o recurso administrativo, no se puede utilizar la otra.

6982 **Jurisdicción rogada**  
(LJCA art.33)

Según el principio de justicia rogada, el juez o tribunal de lo contencioso-administrativo debe juzgar **dentro de los límites de las pretensiones de las partes** ( TS 20-1-99, EDJ 34 ).

Aunque el juez o tribunal pueda apreciar otros motivos distintos a los alegados por las partes para fundar en ellos la pretensión o la oposición a la pretensión de la otra parte, no puede decidir algo distinto de las peticiones formuladas. Lo máximo que puede hacer en este caso es **advertir a las partes** mediante providencia y otorgarles un plazo común de 10 días para que puedan reconsiderar o replantear la cuestión, sin salirse de la pretensión principal. No obstante, se otorga cierto margen al juez o tribunal para que se pronuncie acerca de la **nulidad de un precepto reglamentario** que tiene conexión con el invocado en la pretensión del demandante y que no ha sido impugnado por este ( LJCA art.33.3 ). En todo caso, es necesario que exista una conexión entre ambos preceptos.

#### Precisiones

En definitiva, el objetivo que se pretende lograr con la regulación de este principio de justicia rogada es que la sentencia sea **congruente** con las pretensiones deducidas por las partes ( TCo 86/2000 ; 182/2000 ; 227/2000 ; TS 20-12-02, EDJ 59985 ).

| SECCIÓN 9

## Acumulación

(LJCA art.34)

6985 Se regulan los supuestos de acumulación de diferentes pretensiones en un proceso contencioso-administrativo. Este principio de acumulación es contrario al principio de unidad de objeto que rige con carácter general el proceso y tiene como resultado la configuración de un proceso con **varios objetos**, es decir, con varias pretensiones, aunque

realmente nuestra jurisprudencia lo ha calificado como «proceso de acumulación de acciones» ( TS 16-5-73 ) que no da lugar a una acumulación de procesos sino a un **único proceso** ( TS 1-11-97, EDJ 57453 ).

## Precisiones

1) El objetivo o fundamento de tal acumulación es dar cumplimiento práctico al **principio de economía procesal** ( TS 1-7-98 , que la deniega por no cumplirse precisamente con dicho objetivo) y evitar que se dicten decisiones contradictorias por parte de jueces o tribunales diferentes en relación con pretensiones conexas.

2) En lo no previsto o regulado por la LJCA respecto de la acumulación rige supletoriamente lo establecido en la LEC.

### 6987 Requisitos

(LJCA art.34)

Los requisitos **comunes** a todos los supuestos de acumulación son los siguientes:

1. La **conexión** entre las pretensiones solicitadas ( TS 1-11-97, EDJ 57453 ; 30-9-92, EDJ 9492 ).

2. La **compatibilidad** de las pretensiones ( TS 19-2-87, EDJ 1369 ).

3. Que se deduzcan las pretensiones respecto a un **mismo acto o disposición** o contra actos que tengan conexión directa ( TS 30-9-92, EDJ 9492 ).

### 6989 Acumulación inicial

(LJCA art.35 y 38 )

Para que pueda tener lugar han de darse tres **requisitos**:

#### 1. Subjetivo:

a) Del **órgano jurisdiccional**. Para que sea posible la acumulación inicial es necesario que el órgano jurisdiccional que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la cuantía ( LEC art.73.1 ). Desde el punto de vista de la competencia territorial, será competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás y, en su defecto, aquel que deba conocer el mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cualitativamente ( LEC art.53.1 ).

b) De las **partes**. La acumulación debe llevarse a cabo por la parte legitimada activamente para deducir todas las pretensiones acumuladas. Si son varios los demandantes, debe concurrir en todos ellos la necesaria legitimación activa ( LEC art.72 ; TS 1-11-97, EDJ 57453 ).

2. **Objetivo**. Rigen aquí los mismos principios examinados con carácter general para la acumulación, es decir, conexión entre las pretensiones, compatibilidad y que se refieran a un mismo acto o disposición o a actos entre los que exista conexión directa (nº 6987 ).

3. De **actividad**. La acumulación tendrá lugar mediante solicitud formulada en el escrito de interposición del recurso.

Se establece la obligación de la Administración pública de **comunicar al tribunal** la posible existencia de otros recursos contencioso-administrativos en los que puedan concurrir los supuestos de acumulación ( LJCA art.38 ). Dicha comunicación deberá hacerse en el momento de remisión del expediente administrativo.

### 6990 Acumulación por inserción

(LJCA art.36)

Consiste en la ampliación del recurso contencioso-administrativo que tiene lugar con la **ampliación de la demanda**. Tiene lugar cuando una vez iniciado el proceso se produce un acto o disposición que guarda conexión con el impugnado en el proceso.

Es **facultativa** para el demandante, con carácter general, y **obligatoria** si el segundo acto o disposición dictado por la Administración una vez iniciado el proceso, reforma parcial o totalmente el primero, supuesto en que deberá dirigirse o transmutarse el recurso contra esta segunda actividad administrativa.

En todo caso, la ampliación debe tener lugar siempre antes de que se **dicte la sentencia**, mediante escrito dirigido al juez o tribunal solicitando tal extremo.

La solicitud suspende el proceso y de ella se debe dar traslado a las partes para que, por plazo común de 5 días, efectúen **alegaciones**, resolviendo el juez o tribunal mediante auto, que podrá ser objeto de recurso de súplica -actual reposición (nº 7205 )- ( TS 2-2-78, EDJ 5310 ; 31-1-07, EDJ 7357 ).

Si **no se estima** la ampliación, debe tenerse por interpuesto el recurso contencioso-administrativo independiente. Si **se estima**, las pretensiones deducidas en relación a ambos actos serán examinadas en un mismo proceso.

## 6992 Acumulación sucesiva por reunión

(LJCA art.37)

Acumulación sucesiva por reunión o «acumulación de autos» es aquel supuesto en que se inician **varios procesos** contencioso-administrativos con **pretensiones conexas** (p.e. el caso del recurso contencioso-administrativo que plantean cien funcionarios de carrera de una misma promoción y que se incorporaron al servicio de la Administración pública al mismo tiempo para el reconocimiento de un trienio).

Si los distintos procesos se tramitan **ante juzgados distintos** de la misma localidad, la petición de acumulación puede hacerse ante cualquiera de ellos, indicando el juzgado o juzgados que están tramitando los otros pleitos (se aplica en este caso LEC art.86 a 97 ).

La **solicitud** de acumulación no suspende los procesos que se pretendan acumular, aunque no se podrá dictar sentencia en ninguno de ellos hasta que se decida sobre su acumulación ( LEC art.81.2 ).

Aceptada la acumulación, el tribunal debe ordenar que los **procesos más modernos** se unan a los más antiguos, para que continúen sustanciándose en el mismo procedimiento o por los mismos trámites y se decidan en una misma sentencia ( LEC art.84.1 ). Si los procesos acumulados **no estuvieran en la misma fase** dentro de la primera instancia, el letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del que estuviera más avanzado, hasta que los otros se hallen en el mismo estado ( LEC art.84.2 ).

## 6994 Recurso

(LJCA art.39)

Se regula, por último el recurso que cabe interponer **contra el auto** por el cual se adopte por parte del juez o tribunal resolución de acumulación, ampliación o tramitación preferente, que será el recurso de súplica -actual reposición (nº 7205 )-.

## | SECCIÓN 10

# Cuantía del proceso

(LJCA art.40 a 42 )

**7000** La determinación de la cuantía del proceso contencioso-administrativo es importante, puesto que de ella puede depender el órgano competente para el conocimiento de un asunto, el **tipo de procedimiento** a seguir o la posibilidad de acceder a algunos recursos. También, la fijación de la cuantía del pleito sirve de parámetro, normalmente, para el cálculo de los honorarios de los abogados o procuradores que intervengan en el proceso.

### Precisiones

Las reglas para la determinación de la cuantía del recurso contencioso-administrativo se regulan en LJCA art.40 a 42 , siendo **supletoria** en esta materia también la normativa procesal civil ( LEC art.251 a 255 ), a la que se remite expresamente LJCA art.42.1 .

## **7002** Momento procesal de fijación de la cuantía

(LJCA art.40)

Se otorga la **competencia** para la determinación de la cuantía del recurso, con carácter general, al letrado de la Administración de Justicia una vez formulados los escritos de demanda y contestación.

Las **partes** pueden mostrar su parecer acerca de la determinación de la cuantía en dichos escritos, pero es el letrado de la Administración de Justicia quien, debe determinar la cuantía en el momento procesal señalado.

No obstante, el letrado judicial puede **requerir al demandante** para que este fije la cuantía del recurso, concediéndole al efecto un plazo no superior a 10 días, transcurrido el cual sin haberlo realizado se estará a la que fije el letrado de la Administración de Justicia, previa audiencia del demandado.

### Precisiones

**Anteriormente a la reforma** operada por la L 13/2009 , la competencia estaba atribuida al juez o tribunal.

## **7004** Discrepancia entre las partes. Recursos frente a la fijación de la cuantía

Si el **demandado** no está de acuerdo con la cuantía fijada por el demandante, lo debe exponer por escrito dentro del término de 10 días, resolviendo el letrado de la Administración de Justicia lo procedente y resolviendo con carácter definitivo la cuestión el juez o tribunal en la sentencia, pudiendo la parte perjudicada por la decisión formular recurso de queja por la indebida determinación de la cuantía si por causa de esta no se tuviera por preparado el recurso de casación o no se admitiera el recurso de casación para la unificación de doctrina o el de apelación.

#### 7005 Criterios de determinación de la cuantía

(LJCA art.41 y 42 )

La **regla general** ( LJCA art.41.1 ), inspirándose en la legislación civil, afirma que la cuantía viene determinada por el valor económico de la pretensión.

No obstante, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, es preciso aplicar ciertas cautelas en cuanto al valor económico de la pretensión, debiendo tener en cuenta la real **entidad material** de la cuestión litigiosa o la realidad material de la cuestión litigiosa ( TS auto 28-5-03, EDJ 50277 ), según la cual el valor de la demanda no es el del objeto mediato ni el de la *causa petendí*, sino la combinación de ambos, o sea, el valor de lo que se pide, en conexión con la relación jurídica a base de la cual se pide (dentro de los límites del *petitum*).

De tal manera, el valor económico de la pretensión no supone la aplicación automática de criterios estrictamente económicos sino que exige tener en cuenta la **situación económica producida** por la actuación administrativa impugnada (así, por ejemplo, en los supuestos en que se pretenda la condena a la Administración para que realice una actividad material se estará al valor de esta).

7007 Una vez regulada la regla general, se prevén ciertos **supuestos concretos** o más específicos ( LJCA art.42 ). Serían los siguientes:

a) Pretensión de **anulación de un acto**: se atenderá al contenido económico del mismo, teniéndose en cuenta solo el principal, pero no los recargos ni las costas.

b) Pretensión de anulación de una actuación administrativa y de **reconocimiento de una situación jurídica individualizada** en cumplimiento de una obligación administrativa: se tendrá en cuenta el valor económico total del objeto de la reclamación si la Administración hubiese denegado totalmente en vía administrativa la pretensión. Si la hubiese aceptado parcialmente, se tendrá en cuenta la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el del acto que motivó el recurso.

#### 7009 Supuestos de cuantía indeterminada

(LJCA art.42.2)

También se prevén supuestos en que estaremos en presencia de un recurso de cuantía indeterminada. Serían los siguientes:

1. Recursos directos contra **disposiciones de carácter general**, incluidos los instrumentos de planeamiento urbanístico.
2. Recursos en relación con los **funcionarios públicos** cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica.
3. Pretensiones evaluables económicamente que **se acumulen a otras** que no sean susceptibles de tal valoración.

En realidad, para que estemos en presencia de pretensiones de cuantía indeterminada se deben dar los siguientes **requisitos**:

a) Que la pretensión **no tenga un valor económico**. Es más frecuente en los recursos de plena jurisdicción, en los que la pretensión consiste en el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. También se dará en los pleitos donde se ventilen derechos de la personalidad, como el honor, la dignidad, la libertad, etc.

b) Que, aun teniendo un valor económico **no pueda determinarse** aplicando las reglas de determinación de la cuantía establecidas (fundamentalmente LEC art.251 ). Por ejemplo, cuando se reclame una cantidad de dinero que en el momento de la presentación del recurso no se pudiera determinar.

c) Que **establezca la propia Ley** que la pretensión será de cuantía indeterminada. Por ejemplo, en el caso de impugnación directa de disposiciones de carácter general.

#### 7010 Supuesto especial: acumulación de recursos

En los casos de acumulación de recursos, la cuantía viene determinada por la **suma** del valor económico de las pretensiones objeto de aquellos.

No obstante, la suma de dichas cuantías no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de **casación o apelación**. Se trata con ello de evitar que puedan esquivarse mediante el fraude de la acumulación los límites establecidos por la Ley para el acceso a los recursos más relevantes.

Es indiferente que la acumulación tenga lugar en **vía administrativa** o en **vía judicial**.

SECCIÓN 11

## Procedimiento ordinario en primera o única instancia

7020	1. Diligencias preliminares	7025
	2. Interposición del recurso y reclamación del expediente	7035
	3. Emplazamiento de los demandados y admisión del recurso	7055
	4. Demanda y contestación	7065
	5. Prueba	7085
	6. Vista y conclusiones	7100
	7. Sentencia	7110
	8. Otros modos de terminación del procedimiento	7125

7022 El proceso contencioso-administrativo puede tramitarse a través de dos procedimientos:

- el **ordinario** es el aplicable con carácter general; y
- el **abreviado** está limitado a procesos de escasa cuantía, a ciertas cuestiones de personal y a recursos contra la inactividad de la Administración.

Del procedimiento ordinario nos ocupamos en el presente apartado. El abreviado es objeto de estudio en los nº 7145 s.

Aparte de los procedimientos mencionados, se prevén ciertos **procedimientos especiales** (para protección de los derechos fundamentales, recurso contencioso electoral...), que son objeto de tratamiento en nº 7155 s.

### Precisiones

Para un **estudio detallado** del procedimiento ordinario, ver nº 2150 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Administrativo-Contencioso Administrativo.

#### 1. Diligencias preliminares

#### 7025 Declaración de lesividad

(LJCA art.43; LPAC art.107)

Se establece la obligatoriedad de que la Administración pública declare lesivo para el interés público los actos declarativos de derechos antes de que pretenda demandar su anulación definitiva ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Nos encontramos, en este caso, ante el «**recurso de lesividad**», como se le conoce tradicionalmente.

La declaración previa de lesividad debe llevarse a cabo siguiendo el **procedimiento administrativo** regulado en LPAC art.107 .

El acto que se pretende anular debe incurrir en algún **vicio de anulabilidad**. Al pretender la Administración la anulación de un acto declarativo de derechos, el legislador, como sucede en el caso de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, extrema las precauciones y no permite que la Administración tenga la última palabra para pronunciarse con carácter definitivo sobre dicha anulación, sino que le otorga solo la **competencia de iniciar el procedimiento administrativo** pero le impone la obligación de dirigir la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que sea esta la que, en último término, se pronuncie al respecto. Por consiguiente, la declaración de lesividad previa que en vía administrativa debe realizar la Administración se configura como un requisito o **presupuesto procesal**, sin el cual no podrá admitirse la demanda ( TS 18-7-00, EDJ 23458 ; 10-10-00, EDJ 34125 ).



7027 Ha de recordarse que estamos en presencia de uno de los dos supuestos, junto con el caso en que se da un litigio entre dos Administraciones públicas, en que la Administración se sitúa en la **posición demandante**, lo cual, como sabemos, es excepcional en el proceso contencioso-administrativo (nº 6872 ).

Podrán declarar lesivos para el interés público sus actos las **Administraciones públicas territoriales**: el Estado, las comunidades autónomas y entidades locales -a través del pleno de la corporación- ( LPAC art.107.4 y 5 ). Asimismo, se establece la posibilidad de que el **Consejo General del Poder Judicial** declare lesivos para el interés público los actos que adopte por mayoría absoluta del pleno de dicho Consejo ( LOPJ art.142.2 ).

La declaración de lesividad está sometida en el procedimiento administrativo previo del que trae causa este recurso contencioso de lesividad a un doble **límite temporal**, pues ( LPAC art.107.2 y 3 ):

- no puede ser iniciado el procedimiento administrativo de lesividad si han transcurrido más de 4 años desde que se dictó el acto;

- ni deben transcurrir más de 6 meses desde que se inicia el mismo hasta que se declara la lesividad, so pena de incurrir en caducidad.

7029 **Requerimiento previo en pleitos entre Administraciones públicas**  
(LJCA art.44)

El pleito entre Administraciones públicas es el segundo supuesto excepcional en que nos podemos encontrar a una Administración como **demandante** en el proceso contencioso-administrativo (nº 6872 ).

Sobre la **legitimación activa** para que las Administraciones públicas puedan formular pretensiones frente a otras ver nº 6889 ( LJCA art.19.1 ).

Se deja fuera del ámbito de aplicación del precepto los supuestos en que una de las partes sea una **Administración local** ( LJCA art.44.4 ), pues estos pleitos se rigen por lo establecido en LBRL art.65 , 66 y 67 . No obstante, como aquellos preceptos regulan los supuestos en que es el Estado o una comunidad autónoma la que se dirige contra una entidad local, parece que cuando es al revés, es decir, es la entidad local la que se dirige contra el Estado o contra una comunidad autónoma, sí que debería ser de aplicación este precepto.

A diferencia de lo que se ha comentado respecto de la declaración de lesividad, que es un requisito previo para poder deducir la demanda en el proceso contencioso-administrativo, en el caso de los pleitos entre Administraciones públicas se establece la posibilidad de interponer un requerimiento previo ante la Administración autora de la actuación que se quiere impugnar como requisito previo o diligencia preliminar, pero dicho requerimiento **no es obligatorio**, por lo que se puede iniciar el proceso contencioso-administrativo directamente sin la interposición previa del mismo.

7030 Lo que sí se excluye expresamente es la interposición de **recurso administrativo** alguno. En puridad, nos encontramos realmente ante un eufemismo, puesto que el requerimiento previo potestativo no es otra cosa que una manera de camuflar un recurso administrativo.

Se regula el supuesto específico de las **reclamaciones en materia contractual** derivadas del recurso especial en materia de contratación ( RDLeg 3/2011 art.40 ). En estos casos, se excluye la posibilidad del planteamiento de requerimiento o recurso administrativo previo, sino que frente a las decisiones adoptadas por los tribunales administrativos de contratación pública se podrá **deducir directamente**, por la Administración contratante, el contratista o un tercero interesado, el recurso contencioso-administrativo.

El **plazo** que se establece para la formulación del requerimiento es de 2 meses, contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requiriente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad ( LJCA art.44.2 ).

El requerimiento se entenderá **rechazado** si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara ( LJCA art.44.3 ).

## 2. Interposición del recurso y reclamación del expediente

---

7035 En nuestro Derecho procesal administrativo se da la distinción entre **demanda y pretensión**, designándose escrito de demanda el acto de alegaciones en el que se formula la pretensión, mientras que lo que se denomina escrito de interposición del recurso es la verdadera demanda (González Pérez, 2003).

7036 **Forma de iniciación. Escrito de interposición y demanda**

El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a  **citar**  la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a  **solicitar**  que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando se disponga otra cosa ( LJCA art.45.1 ). Y así es cuando se establece que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados puede iniciarse también

mediante demanda en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a Derecho ( LJCA art.45.5 ).

A diferencia del proceso civil, que se inicia mediante demanda, el proceso contencioso-administrativo se inicia, normalmente, mediante lo que se denomina como «**escrito de interposición**». En realidad, puede decirse que el escrito de interposición es técnicamente una demanda, pues es, verdaderamente, el acto procesal de la parte demandante por el que se solicita la **iniciación del proceso**.

**7037** Estaríamos en presencia de la denominada **demanda pura o simple** (Guasp, 2002), que es aquella que se limita al acto de iniciación del proceso, por contraposición a las demandas mixtas o complejas, que son aquellas que contienen la concreta pretensión objeto del fondo del pleito. Pues bien, como hemos apuntado, el proceso contencioso-administrativo comienza, normalmente, con un escrito de interposición limitado a señalar la actuación administrativa que se impugna y, excepcionalmente, mediante una demanda mixta o compleja, como es propio del proceso civil.

La justificación es bastante sencilla. Se halla en el hecho de la necesidad que tiene el demandante de **consultar el expediente administrativo** para poder deducir la demanda con toda la información precisa en su poder, por lo que, en el proceso contencioso-administrativo, la demanda se deduce, con carácter general -salvo los contados casos en que el proceso se inicia mediante demanda, muy pocos- después de que la Administración pública haya remitido el expediente administrativo al juez o tribunal del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

De hecho, en la actualidad, solo se iniciarían mediante **demanda mixta o compleja**, los siguientes procesos:

- lesividad ( LJCA art.43 );
- materia electoral ( LO 5/1985 art.49 y 109 a 117 );
- suspensión de acuerdos en vía administrativa ( LJCA art.127 );
- recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados ( LJCA art.45.5 ).

En este último caso, la iniciación mediante demanda es meramente potestativa, a diferencia de los supuestos anteriores, en que es obligatoria. Son escasos los supuestos de este tipo que se inician mediante demanda.

**7040** Documentos que deben acompañar al escrito de interposición  
(LJCA art.45.2)

Los documentos que hay que acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se exponen en los números siguientes.

La **no presentación** de alguno de estos documentos constituye un defecto de forma subsanable. Dicha subsanación debe tener lugar antes de que finalice el plazo para iniciar el proceso.

**7042** Legitimación originaria del actor: acreditación de la representación  
(LJCA art.45.2.a)

El documento tiene que estar **otorgado antes** de la presentación del escrito, salvo que la parte tenga la representación acreditada por estarse tramitando otro recurso contencioso-administrativo ante el mismo juez o tribunal, supuesto en que bastará que se solicite, a costa de la parte, certificación de que existe tal representación y dicha certificación se una a los autos, es decir, al expediente del nuevo recurso ( TS 6-6-95 ).

**7043** Legitimación derivativa del actor: documento acreditativo  
(LJCA art.45.2.b)

La transmisión de la legitimación puede haberse efectuado «**inter vivos**» o «**mortis causa**», pero, en todo caso, hay que acreditarla. No se aplica este supuesto al caso en que la legitimación se haya transmitido ya previamente en vía administrativa.

**7044** Acreditación de la actividad administrativa que se impugna  
(LJCA art.45.2.c)

Basta con que se presente una **copia simple**, sin que esté compulsada o adverada por cualquier medio.

En todo caso, es necesario que se interprete esta exigencia aplicando el principio *pro actione* ( TS 28-6-05, EDJ 113737 ).

Naturalmente, cuando no se ha recibido notificación personal por parte del demandante, no podrá este acompañar el documento, pero es que incluso cuando hubiese tenido lugar dicha notificación personal, bastaría con que se indicase

el **expediente** en que hubiese recaído el acto impugnado o el periódico oficial donde se hubiese publicado el acto o la norma que se impugna, tal y como indica literalmente el precepto.

Si el objeto del recurso fuera la **inactividad de la Administración** o una **vía de hecho**, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuvieron origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.

#### 7045 Documentación en el caso de personas jurídicas

(LJCA art.45.2.d)

Ha de aportarse el documento o documentos que acrediten el **cumplimiento de los requisitos** exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo de la acreditación de la legitimación.

De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, que aplica aquí un criterio antiformalista, se estima cumplido este requisito con la **certificación** expedida por el secretario del órgano competente del acuerdo de impugnar en vía administrativa y contencioso-administrativa.

El Tribunal Supremo ha sido reticente a exigir este documento, pues se piensa que solo debería ser exigible a las personas jurídico-públicas y no a las jurídico-privadas ( TS 4-12-12, EDJ 277691 ).

#### 7047 Plazo de interposición del recurso

(LJCA art.46)

Se establece un plazo general de 2 meses y unos plazos especiales en función del tipo de actuación administrativa frente a la que se ejercite la acción.

Plazo general de 2 meses	Plazos especiales
<b>Actos expresos</b> ( LJCA art.46.1 ) Contados desde el día siguiente al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa.	<b>Actos presuntos</b> ( LJCA art.46.1 ) 6 meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.
<b>Disposiciones de carácter general</b> Preceptos reglamentarios y preceptos de Decretos legislativos <i>ultra vires</i> ( LJCA art.46.1 ) Contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada.	<b>Vía de hecho</b> ( LJCA art.46.3 ) 10 días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo de requerimiento de 10 días formulado ante la Administración para que cese su conducta. Si no hubiera requerimiento, el plazo será de 20 días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.
<b>Inactividad material</b> ( LJCA art.46.2 ) Contados desde que cumplan los 3 meses desde que se le formuló a la Administración la reclamación para que actuase en cumplimiento de una obligación legal ( LJCA art.29.1 ). <b>Inactividad formal</b> ( LJCA art.46.2 ) Contados desde que finalice el plazo de 1 mes desde que se formulase reclamación a la Administración para que ejecutase el acto firme ( LJCA art.29.2 ).	
<b>Declaración de lesividad</b> ( LJCA art.46.5 ) Contados desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.	
<b>Litigios entre Administraciones públicas</b> ( LJCA art.46.6 ) (Plazo de 2 meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa). Cuando haya habido requerimiento previo conforme a LJCA art.44 el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado dicho requerimiento.	

## Precisiones

Sobre el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo frente a **actos presuntos** que tienen lugar como consecuencia de un silencio administrativo negativo existe una polémica doctrinal y jurisprudencial viva y parece que, finalmente, resuelta en favor de entender, en aplicación del principio de tutela judicial efectiva, que no existe plazo alguno para reaccionar frente a dicho silencio, por lo que podría interponerse el recurso contencioso-administrativo frente a un silencio negativo en cualquier momento ( TCo 149/2009 ; TS 23-1-04, EDJ 7270 ; González Pérez).

7049 Respecto del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo hay que traer a colación la consolidada jurisprudencia en aplicación del principio *in dubio pro administrado*, consecuencia del **principio antiformalista**, en virtud del cual, si no existe constancia exacta del *dies a quo*, es obligatorio admitir la fecha indicada por el recurrente en su escrito de interposición.

En virtud del principio de **improrrogabilidad** de los plazos ( LJCA art.128 ), el importante plazo de iniciación del proceso contencioso-administrativo hay que entenderlo como improrrogable. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el mes de agosto es, a efectos procesales, inhábil, por lo que durante dicho mes no correrá el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

En cuanto al cómputo de los plazos para la interposición del recurso, el *dies a quo* o **día inicial** debe ser siempre el siguiente al de la notificación o publicación de la disposición o acto que se impugna, según jurisprudencia consolidada ( TS 17-9-83, EDJ 4602 ).

El cómputo de los plazos se hará de acuerdo con lo establecido en el Código Civil ( LOPJ art.185.1 ). Respecto al cómputo de los **plazos por meses**, se han de computar de fecha a fecha ( CC art.5 ).

Si en el mes de vencimiento del plazo **no hubiese día correspondiente**, se entenderá que el plazo finaliza el último día del mes. Por ejemplo, si nos notifican el acto el 30-12-2016, el último día para interponer el recurso contencioso-administrativo sería el 28-2-2017.

Si el último día del plazo de interposición es **inhábil**, se entenderá prorrogado al siguiente día hábil.

## Precisiones

Es necesario destacar que no debe llevarnos a confusión el hecho de que el plazo inicial para la interposición del recurso sea el siguiente al de la notificación o publicación y que el *dies ad quem* o **plazo final** sea el de los 2 meses contados de fecha a fecha, pues una cosa es el plazo inicial desde el que se puede accionar y otra cosa es el plazo final hasta cuándo se puede accionar, de tal forma que si, por ejemplo, nos notifican un acto administrativo expreso con el que no estamos de acuerdo y contra el que pretendemos interponer recurso contencioso-administrativo el día 3-1-2017, el plazo inicial para la interposición del recurso sería el 4-1-2017, pero el último día para la interposición de dicho recurso sería el 3-3-2017 y no el 4-3-2017. Así lo viene entendiendo nuestra jurisprudencia de manera reiterada en aplicación literal del CC art.5 ( TS 17-10-86, EDJ 6483 ).

7050 **Publicidad del recurso**  
(LJCA art.47)

El objetivo perseguido por este precepto es otorgar la mayor publicidad posible al recurso para garantizar el **derecho de defensa** de los posibles interesados que pudieran verse afectados en sus derechos o intereses legítimos a resultas de la tramitación del recurso.

Con carácter general, el **letrado de la Administración de Justicia**, en el siguiente día hábil a la interposición del recurso acordará, si lo solicita el recurrente, que se anuncie dicha interposición y remitirá el oficio para su publicación por el órgano judicial competente, a costa del recurrente, en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida. El letrado de la Administración de Justicia podrá también acordar de oficio la publicación en el periódico oficial correspondiente, si lo estima conveniente.

Se establece también la obligación de publicar el **recurso contra las disposiciones generales**, otorgando un plazo de 15 días a los interesados para que puedan accionar en defensa de la legalidad de la disposición, acto o conducta impugnada, lo cual es bastante más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, con Const art.24 ( LJCA art.47.2 ).

El efecto de la **omisión de los requisitos de publicidad** es la nulidad de actuaciones.

1) Como fácilmente puede deducirse, el efecto básico y fundamental que se persigue con el otorgamiento de la mayor publicidad posible a la interposición del recurso es, como ya se ha mencionado, facilitar el **derecho de defensa** de todas aquellas que pudieran estar legitimadas activamente para actuar en defensa de sus derechos e intereses y que pudieran verse afectados por la tramitación del pleito.

2) Este precepto, tras recibir importantes críticas por parte de la doctrina, fue reformado por la L 13/2009, otorgando mayores potestades al **letrado de la Administración de Justicia**, en línea con las últimas reformas legislativas, como órgano fundamental en el «manejo» y gestión de la oficina judicial y mejorando notablemente los derechos de defensa de los terceros interesados en relación con la impugnación de las disposiciones generales para que puedan sostener la legalidad del precepto impugnado, que había sido objeto de importantes críticas doctrinales.

**7052 Remisión del expediente administrativo**  
(LJCA art.48)

Se ha de **reclamar el expediente** administrativo a la Administración pública autora del acto o actividad que se impugna.

El **plazo de remisión** del expediente administrativo es de 20 días, a contar desde que la comunicación judicial tenga entrada en el registro general del órgano requerido ( LJCA art.48.3 ).

El expediente, original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, **autenticado**, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga ( LJCA art.48.4 ). La práctica habitual nos muestra que la Administración envía copia foliada y autenticada de los expedientes administrativos que le reclaman los órganos jurisdiccionales.

Si la Administración autora de la actividad que se impugna **no remite el expediente** en el citado plazo de 20 días, cosa cada vez más difícil de ver, dadas las mayores garantías que frente a dicho incumplimiento se regulan en la Ley, se reiterará la reclamación para que se remita en el plazo de 10 días. Si sigue sin remitirse una vez acabado este nuevo plazo, tras constatar su responsabilidad, previo apercibimiento del letrado de la Administración de Justicia notificado personalmente al órgano administrativo para la formulación de alegaciones, el juez o tribunal impondrá una multa coercitiva de 300 a 1.200 euros a la autoridad o empleado responsable. La **multa** será reiterada cada 20 días, hasta el cumplimiento de lo requerido.

Si no se puede determinar la **autoridad o funcionario responsable** de tal incumplimiento, la Administración será la responsable subsidiaria del pago de la multa sin perjuicio de que se repercuta contra el responsable ( LJCA art.48.7 ).

**7054** Contra los autos en los que se acuerde la imposición de las multas señaladas puede interponerse recurso de súplica -actual **reposición** (nº 7205 )- ( LJCA art.48.8 ).

Si no se satisfacen las multas voluntariamente, se utilizará la **vía judicial de apremio** ( LJCA art.48.9 ).

Impuestas las tres primeras multas coercitivas sin lograr que se remita el expediente completo, el juez o tribunal debe poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inicie las acciones judiciales oportunas para el **procesamiento de la autoridad o funcionario** autor de dicho incumplimiento por desacato, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas ( LJCA art.48.10 ).

Al ser el expediente administrativo un documento trascendental para las garantías del proceso, pues permite al demandante tener toda la información necesaria para poder deducir la demanda en términos razonables, la **infracción de este trámite**, es decir, la no solicitud de remisión del expediente administrativo puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones ( TS 10-1-97, EDJ 2927 ), aunque alguna jurisprudencia afirma que habrá que valorar las circunstancias que se den en cada caso, determinando cómo ha influido la ausencia del expediente o su aportación incompleta en la formulación de la pretensión por parte del demandante y cómo han disminuido sus posibilidades dentro del proceso.

Es obvio que en los supuestos de impugnación de la **inactividad de la Administración** o de la actuación en vía de hecho, no se podrá remitir el expediente porque no existe, por lo que, en esos supuestos, no se le reclamará a la Administración.

**3. Emplazamiento de los demandados y admisión del recurso**

**7055 Emplazamiento y personación de la Administración**

La reclamación del expediente que efectúa el letrado de la Administración de Justicia al órgano administrativo (nº 7052 ) implica el emplazamiento formal de la Administración, mientras que la remisión del expediente administrativo equivale a la **personación de la Administración** autora de la actividad impugnada en el proceso.

#### 7057 Emplazamiento y personación del resto de intervinientes en el proceso

(LJCA art.49)

El actual régimen de emplazamientos de los terceros interesados es el siguiente:

1. La Administración debe **notificar la resolución** por la cual remite el expediente administrativo al órgano judicial que se lo ha reclamado, a cuantos pudieran resultar interesados, en el plazo de 5 días desde su adopción.
2. En dicha notificación se les emplaza para que puedan **personarse como demandados** en el plazo de 9 días.
3. La Administración, conjuntamente con el expediente administrativo, enviará las **justificaciones de haber practicado dichos emplazamientos** al órgano judicial competente para la tramitación del recurso, salvo que no hubieran podido practicarse dentro del plazo fijado para la remisión del expediente, en cuyo caso se enviará este sin demora, y la justificación de los emplazamientos una vez se hayan practicado.
4. Recibido el expediente, el **letrado de la Administración de Justicia** comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se completen hasta asegurar la defensa de los interesados que sean identificables.
5. Cuando no haya sido posible emplazar a algún interesado en el domicilio que conste, el letrado de la Administración de Justicia mandará insertar el correspondiente edicto en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida. Los emplazados **por edictos** podrán personarse hasta el momento en que hubiera de dárseles traslado para contestar a la demanda.
6. Si el emplazamiento incurre en algún **vicio de forma** solo determinará la nulidad de actuaciones si se ha producido indefensión ( TCo 125/2000 ).

El emplazamiento de los demandados en el **recurso de lesividad** se efectuará personalmente, teniendo un plazo de 9 días para personarse en el juicio ( LJCA art.49.6 ).

#### 7058

##### Precisiones

En la actualidad, tras la reforma operada en la LJCA/1956 por la L 10/1992, como consecuencia, en buena medida, de la jurisprudencia constitucional ( TCo 63/1982 ; 22/1983 ) y la posterior regulación que de este punto efectuó en idénticos términos la LJCA, la **obligación de efectuar los emplazamientos** de todas aquellas personas que pudieran resultar afectadas en sus derechos o intereses legítimos por la tramitación del recurso contencioso-administrativo de que se trate recae sobre la Administración pública. La solución actual es bastante más lógica que la anterior a 1992, donde bastaba la mera publicación del recurso, si se tiene en cuenta que nadie conoce tan bien como la Administración quien puede tener derechos o intereses legítimos afectados por la tramitación del pleito, puesto que, normalmente, serán los que han participado en el procedimiento administrativo previo del que trae causa el recurso contencioso. Es también una solución mucho más respetuosa con el principio de tutela judicial efectiva, puesto que ahora el interesado tiene que ser notificado personalmente, por lo que puede conocer de manera mucho más fehaciente en qué medida se verán afectados sus derechos o intereses a resultas de la tramitación del proceso.

#### 7060 Admisión del recurso o inadmisión «a limine»

(LJCA art.51)

El trámite de admisión, también conocido como **incidente de admisión**, tiene como objetivo analizar en este momento temprano del proceso, en que se puede evitar una tramitación inútil, si concurre alguna circunstancia insubsanable que haga imposible la continuación y tramitación del mismo.

Los **supuestos de inadmisibilidad** del recurso son tasados y su interpretación debe ser restrictiva, en aplicación del principio antiformalista que debe regir la tramitación de todo proceso contencioso-administrativo. Los motivos de inadmisión son los siguientes:

- a) La **falta de jurisdicción o incompetencia** del juzgado o tribunal.
- b) La **falta de legitimación** del recurrente.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra **actividad no susceptible de impugnación**:

- porque el acto no esté sujeto a Derecho administrativo;
- porque el acto no agote la vía administrativa o no sea definitivo o de los de trámite que se puedan impugnar;
- porque sea un acto confirmatorio de otro consentido.

d) Haber **caducado** el plazo de interposición del recurso.

e) Haber desestimado en el fondo otros **recursos sustancialmente iguales** por sentencia firme, siempre que se señale la resolución judicial desestimatoria.

**7062** En la actualidad, tras algunas dudas jurisprudenciales acerca del momento en que el órgano judicial podía **declarar de oficio** la inadmisibilidad del recurso, la norma no ofrece lugar para la duda, puesto que nos indica que dicha declaración debe efectuarse una vez examinado el expediente administrativo, y no antes ( LJCA art.51.1 ).

El incidente de admisión es **contradictorio**. Antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, el órgano judicial hará saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse tal inadmisión para que, en el plazo común de 10 días, realicen **alegaciones** y acompañen los documentos a que hubiera lugar ( LJCA art.51.4 ).

Una vez escuchadas las partes, el juez o tribunal resolverá lo que proceda mediante **auto**. Si dicho auto declara la inadmisión se podrá interponer contra él el recurso de apelación, no siendo posible recurrir el auto que declare la admisión del recurso.

El trámite de inadmisión tiene como efecto la **suspensión de la tramitación del proceso** hasta su resolución, por lo que este incidente supone una excepción al principio general que afirma que todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos ( LJCA art.137 ).

#### 4. Demanda y contestación

(LJCA art.52 a 57 )

**7065** Estamos en presencia de los dos **trámites esenciales** del proceso contencioso, donde las partes se juegan gran parte de las posibilidades de que sus pretensiones prosperen, por lo que es un trámite donde deben afinar de manera notable sus argumentos. De hecho, no es infrecuente, sino bastante habitual, que los procesos contencioso-administrativos queden vistos para sentencia después del trámite de contestación a la demanda, debido a que la importancia de la prueba en este ámbito no es tan relevante como en otros, por ejemplo en el proceso penal, y de que no es habitual que las partes soliciten que se celebre el trámite de vista o conclusiones ni que el juez o tribunal decrete de oficio su celebración.

La petición de **recibimiento del pleito a prueba** o de la evacuación del trámite de vista o conclusiones deben efectuarlo las partes en el escrito de demanda o de contestación a la demanda mediante otrosí ( LJCA art.57 ). Esto ha de tenerse en cuenta pues no es infrecuente que los pleitos contencioso-administrativos queden vistos para sentencia tras el trámite de contestación a la demanda.

#### Precisiones

En esta materia, se recomienda la consulta de la obra **Formularios Prácticos Administrativo-Contencioso Administrativo**, editada por esta misma editorial.

**7067** **Formalización de la demanda**

(LJCA art.52.1)

El **plazo** de presentación de la demanda es de 20 días, una vez recibido el expediente administrativo por el juez o tribunal y desde que el letrado de la Administración de Justicia da traslado del mismo al demandante.

Al ser un plazo expresado en días hay que entender que se trata de **días hábiles** ( LOPJ art.185.1 ).

Si existiese una **pluralidad de recurrentes**, aunque no actúen bajo una misma dirección, con el objetivo de evitar dilaciones en la tramitación, la demanda se formulará simultáneamente por todos ellos.

Si la demanda no se presenta en el citado plazo de 20 días, el juez o tribunal, de oficio, declarará por auto la **caducidad** del recurso. No obstante, se admitirá el escrito de demanda, y producirá sus efectos legales, si se presenta dentro del día en que se notifique el auto ( LJCA art.52.2 ).

Si se produce la acumulación del recurso a otro o la ampliación del mismo por la aparición de un **nuevo acto administrativo** que también se impugna, el plazo de 20 días para formalizar la demanda seguirá corriendo y no se suspenderá ( LEC art.81.1 y 88.1 ).

**7069** El **día inicial** del plazo no es aquel en que se recibe la providencia dando traslado del trámite al demandante, sino el día en que se recibe el expediente administrativo. En el **proceso ordinario**, mientras no se haga entrega del expediente administrativo no empezará a correr el plazo de los 20 días señalado para la formulación de la demanda. No es necesaria dicha entrega en el **proceso especial para la protección de los derechos fundamentales**, donde basta la puesta de manifiesto del expediente al demandante ( LJCA art.118 ).

No obstante, **transcurrido el término para la remisión del expediente** administrativo sin que este hubiera sido enviado, la parte recurrente puede pedir, por sí o a iniciativa del letrado de la Administración de Justicia, que se le conceda plazo para formalizar la demanda ( LJCA art.53 ). El objetivo de esta previsión es no dilatar la tramitación del proceso. Si se utiliza esta posibilidad y, posteriormente, se recibe el expediente, el letrado de la Administración de Justicia, para garantizar el derecho de defensa del demandante o demandantes, pondrá este de manifiesto a las partes demandantes y, en su caso, demandadas por plazo común de 10 días para que puedan efectuar las alegaciones complementarias que estimen oportunas.

Como todo escrito forense, la demanda está estructurada en tres **partes**: encabezamiento, cuerpo y suplico.

- en el **encabezamiento** se ha de identificar a las partes y al proceso;
- en el cuerpo se relatarán, de forma separada, los **hechos** y los **fundamentos de derecho** en que se basa la pretensión;
- por último, en el **suplico** se hará constar con toda claridad la petición concreta que se formula al juez o tribunal.

**7070** **Contestación a la demanda**  
(LJCA art.54.1)

Una vez presentada la demanda, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la misma, con entrega del expediente administrativo, a las partes demandadas que hubieran comparecido, para que la contesten en el **plazo** de 20 días.

Es importante resaltar que si la demanda se ha deducido **sin la consulta del expediente administrativo**, para que se le permita contestar a la demanda, la Administración debe haber remitido, junto con la contestación a la demanda, el expediente administrativo para que, en su caso, el demandante pueda ampliar su demanda.

En cuanto a los **requisitos de forma**, la contestación a la demanda, igual que la demanda en los términos explicados, también estará compuesta de un encabezamiento, un cuerpo y un suplico (nº 7069 ).

Si el demandado o los demandados **no presentan la contestación** a la demanda en plazo, se declarará la caducidad del trámite, pero, al igual que sucede con la demanda, si se presenta la contestación dentro del mismo día en que se notifique la providencia de caducidad del trámite, será admitida.

#### Precisiones

El legislador, en un ejercicio de ecuanimidad, ha otorgado **idéntico plazo** a demandante y a demandado para que elaboren el documento más relevante del pleito y para que cuenten, de esta manera, con igualdad de oportunidades derivada de igualdad de tiempo en su formulación.

**7072** **Forma de la contestación en el caso de existir codemandados**  
(LJCA art.54.3)

La contestación se formulará primero por la **Administración demandada**.

Cuando hubieran de hacerlo, además de la Administración, **otros demandados**, y aunque no actúen bajo una misma dirección, la contestación se formulará simultáneamente por todos ellos.

En este caso no habrá lugar a la **entrega del expediente** administrativo, que será puesto de manifiesto en la oficina judicial, pero sí de la copia del mismo, con los gastos a cargo de estos demandados.

**7074** **Solicitud de completar el expediente**  
(LJCA art.55)

Se prevé la posibilidad de que las partes demandantes o los demandados que no sean la Administración (codemandados) soliciten completar el expediente administrativo.

Debe recordarse que el procedimiento puede seguirse **sin el expediente**, pero siempre que lo solicite expresamente el demandante ( LJCA art.53 ), que también puede pedir, como vemos, que se complete el expediente en el caso



de que la Administración no lo haya remitido en su totalidad, cosa que no es extraña, y que entienda que faltan documentos esenciales para deducir su pretensión.

La **solicitud** de completar el expediente administrativo se tramita como un incidente procesal y suspende el plazo de formulación de la demanda, si lo pide el demandante, o de contestación a la demanda, si lo pide un codemandado ( LJCA art.55.2 ).

El incidente **se resuelve** por el letrado de la Administración de Justicia en el plazo de 3 días ( LJCA art.55.3 ).

Las partes demandantes no pueden alegar **nulidad de actuaciones** por indefensión basada en la incorrecta remisión del expediente si no han solicitado en tiempo y forma la evacuación de este trámite.

#### 7075 Defectos en la demanda y plazo de subsanación

(LJCA art.56.2)

El letrado de la Administración de Justicia debe examinar de oficio la demanda y requerir que se subsanen las faltas de que adolezca en **plazo** no superior a 10 días.

El **examen de la demanda** que, de oficio, debe llevar a cabo ahora el letrado de la Administración de Justicia, debe efectuarse antes de que se dé traslado de la misma a los demandados para que formulen la contestación a la demanda.

Realizada la **subsanación**, debe admitir la demanda. En otro caso, ha de dar cuenta al juez para que resuelva lo que proceda sobre su admisión.

El **principio antiformalista** que debe regir la tramitación del proceso determina la posibilidad de que las partes puedan subsanar los defectos en que haya podido incurrir al realizar una actividad procesal ( LJCA art.138.1 ).

Si el demandante **no procede a la subsanación** del defecto en el plazo otorgado de 10 días, se producirá la caducidad del proceso y se declarará el archivo de las actuaciones.

#### 7077 Alegaciones previas

(LJCA art.58)

Consisten en la oposición que ejerce el demandado en el trámite de contestación a la demanda basada en los **defectos procesales** determinantes de inadmisibilidad en que incurre la demanda.

#### Precisiones

Las alegaciones previas en el proceso contencioso-administrativo son el equivalente a las **excepciones dilatorias** en el proceso civil (nº 4795 s. ).

#### 7079 Formulación

La formulación de las alegaciones previas por parte de los demandados debe hacerse dentro del **plazo** de los primeros 5 días para evacuar el trámite de contestación a la demanda y deben estar fundadas en alguno de los defectos procesales susceptibles de inadmisibilidad del recurso ( LJCA art.69 : nº 7114 ).

Se trata, por tanto, de un **nuevo trámite de admisión** del recurso. Se solicita a instancia de parte y tiene por objeto evitar la tramitación de pleitos inútiles cuando existen defectos procesales insubsanables o de solventar los defectos de forma subsanables que se hayan advertido por la parte demandada.

Para que la **Administración**, como demandada en un proceso, pueda efectuar estas alegaciones previas, se le exige que con anterioridad a la formulación de las mismas haya remitido el expediente administrativo ( LJCA art.58.2 ).

#### 7080 Tramitación

Se tramitan como un **incidente procesal**, por lo que se suspenderá la tramitación del pleito hasta que no se resuelva, constituyendo, por tanto, una excepción al principio general de que los incidentes no suspenden la tramitación del proceso ( LJCA art.137 ).

Una vez recibido el escrito de alegaciones previas formulado por el demandado, se dará **traslado** del mismo por parte del letrado de la Administración de Justicia al demandante, para que alegue lo que a su derecho convenga en el plazo de 5 días o subsane el defecto subsanable advertido en el plazo de 10 días ( LJCA art.59.1 ).

#### 7082 Resolución

El trámite de alegaciones previas se resuelve mediante **auto**.

Si dicho auto es **desestimatorio** de las alegaciones previas no cabrá recurso contra el mismo, reanudándose el proceso y otorgando al demandado el plazo para la contestación a la demanda que le restase desde la formulación

de la alegación previa ( LJCA art.59.3 ). En este caso, el demandado puede repetir en la contestación a la demanda su alegación, a pesar de haber sido desestimada en este trámite.

Si el auto es **estimatorio** declarará la inadmisibilidad del recurso. Frente a este auto cabe recurso de apelación.

## 5. Prueba

(LJCA art.60 y 61 )

**7085** La prueba es la actividad encaminada a la **fijación de unos hechos o datos** que sirvan para convencer al juez o tribunal sobre la justicia de la pretensión sostenida dentro del proceso por la parte que la solicita.

### Precisiones

**1)** El derecho a utilizar los medios de prueba admitidos en Derecho por las partes de un proceso está incluido dentro del **derecho a la tutela judicial efectiva**.

**2)** La prueba en el proceso contencioso-administrativo presenta algunas diferencias notables con la **prueba en el proceso civil o penal**, como ya se ha señalado en otra parte de este trabajo. Ello ha querido ser justificado acudiendo al manido concepto «revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que llevó incluso a tratar de desterrar del proceso contencioso los medios de prueba, puesto que en él solo debía examinarse la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo y no cuestiones de hecho. Hoy en día esta perspectiva está superada y se admite la importancia que la prueba tiene en el proceso contencioso, máxime cuando la regulación actual del objeto del proceso trata de superar ampliamente el carácter revisor de dicha jurisdicción. No obstante, es indudable, todavía hoy, que la relevancia e importancia de la prueba en este proceso es distinta a la que tiene en un proceso civil o penal.

**7087** **Forma de petición de la prueba y plazo para solicitarla**

(LJCA art.60 y 61 )

Las partes deben solicitar la práctica de las pruebas que estimen pertinentes en el **escrito de demanda o de contestación** a la demanda mediante otrosí, debiendo expresar en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan ( LJCA art.60.1 ).

No obstante, el **demandado** también puede solicitar la práctica de las pruebas que estime convenientes dentro de los 5 días siguientes a aquel en que se le haya dado traslado de la contestación a la demanda si en ella el demandado aporta nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito ( LJCA art.60.2 ).

La jurisprudencia es muy rigurosa a la hora de exigir a las partes la **concreción de los hechos** sobre los que deba versar la prueba ( TS 15-9-98, EDJ 21765 ), aunque existen también algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, en aplicación del principio antiformalista y con apoyo en el principio de tutela judicial efectiva, no son tan exigentes en este punto, siempre que los hechos se deduzcan mínimamente del relato contenido en la demanda o en la contestación a la demanda ( TS 24-11-98, EDJ 29770 ).

**7089** El **juez o tribunal** también puede acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto ( LJCA art.61.1 ).

Incluso una vez **finalizado el período de prueba** se pueden practicar de oficio otras que se estimen necesarias ( LJCA art.61.2 ). Si el juez o tribunal hace uso de su potestad de acordar de oficio la práctica de una prueba y las partes carecen de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el letrado de la Administración de Justicia debe poner de manifiesto el resultado de la prueba a las partes, las cuales podrán, en el plazo de 5 días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia ( LJCA art.60.4 ).

La **omisión de este trámite** de «puesta de manifiesto y alegaciones» da lugar a indefensión y, por ende, a la nulidad de las actuaciones.

**7090** **Tipo de pruebas que se pueden solicitar**

(LJCA art.60.4; LEC art.299 y 300 )

La Ley jurisdiccional no señala expresamente los medios de prueba que se podrán admitir en el proceso contencioso-administrativo. No obstante, son **admisibles** todas las pruebas válidas en Derecho.

Para saber cuáles serán dichas pruebas, ante el silencio de la citada norma, habrá que estar a lo que se establece en las **normas procesales civiles**, a las que se remite LJCA art.60.4 . En este sentido, se establece que los **medios de prueba** de los que se puede hacer uso en un juicio son los siguientes ( LEC art.299 ):

- interrogatorio de las partes;

- documentos públicos;
- documentos privados;
- dictamen de peritos;
- reconocimiento judicial;
- interrogatorio de testigos;
- medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

**7092** El orden en que se deben practicar las pruebas en juicio es el siguiente ( LEC art.300 ):

- 1º. Interrogatorio de las partes.
- 2º. Interrogatorio de testigos.
- 3º. Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de estos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento.
- 4º. Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal.
- 5º. Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

Aparte de estos medios de prueba, la Ley de enjuiciamiento civil también admite las **presunciones** como medio de prueba, distinguiendo entre presunciones legales ( LEC art.385 ) y presunciones judiciales ( LEC art.386 ). Hay que entender que dichas presunciones son también admisibles en el proceso contencioso-administrativo, tal y como ha aceptado la jurisprudencia ( TS 19-3-01, EDJ 8763 ), que establece como límites de admisión de las presunciones la incoherencia, la irrazonabilidad, la arbitrariedad o el capricho subjetivo.

**7094** Principios aplicables a la prueba

Son los siguientes:

- a) Principio de **oficialidad**, según el cual la admisión de las pruebas y su práctica deberán llevarse a cabo por decisión del juez o tribunal. Deberán admitirse todas las pruebas solicitadas por las partes, salvo que, de manera motivada, se entiendan manifiestamente improcedentes.
- b) Principio de **contradicción**, por el que las pruebas se celebrarán en presencia y con la participación de las partes, ya se hayan solicitado a instancia de parte o se haya acordado su práctica de oficio por el juez o tribunal contencioso-administrativo.
- c) Principio de **libertad en la valoración** de las pruebas por parte del juez o tribunal, debiendo motivar la valoración que de las pruebas haya llevado a cabo en la resolución judicial que ponga fin al proceso judicial.

## 6. Vista y conclusiones

(LJCA art.62 a 66 )

**7100** Es la última fase del proceso, anterior al dictado de la sentencia. Se trata de un trámite final conclusivo de la fase de instrucción del juicio, cuyo **objetivo** es que las partes realicen un resumen de sus respectivas posiciones una vez efectuadas las alegaciones en el escrito de demanda y de contestación a la demanda y, en su caso, practicada la prueba.

Es importante resaltar que, en este trámite, no pueden plantearse **cuestiones nuevas** que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación a la demanda ( LJCA art.65.1 ).

La celebración de este trámite es **alternativa**, es decir, si se celebra vista no se celebrará el trámite de conclusiones y viceversa.

### Precisiones

A diferencia de la LJCA/1956, la LJCA vigente suprimió el **carácter obligatorio** de este trámite y permite que el pleito quede visto para sentencia sin que se evacúe el mismo.

**7102** La **vista** es el trámite a través del cual las partes, de forma oral exponen sus conclusiones al órgano jurisdiccional encargado de la tramitación del pleito. Si se acuerda la celebración de vista, el letrado de la Administración de

Justicia debe señalar la **fecha de la audiencia** por riguroso orden de antigüedad de los asuntos, excepto los referentes a materias que por prescripción de la Ley o por acuerdo motivado del órgano jurisdiccional, fundado en circunstancias excepcionales, deban tener preferencia, los cuales, estando concluidos, podrán ser antepuestos a los demás cuyo señalamiento aun no se hubiera hecho ( LJCA art.63.1 ). En el señalamiento de las vistas el letrado de la Administración de Justicia debe atender asimismo a los **criterios** establecidos en la LEC art.182 .

Se dará la palabra a las partes por su orden para que, de forma sucinta, expongan sus **alegaciones**. El juez o el presidente de la sala, por sí o a través del magistrado ponente, puede invitar a los defensores de las partes, antes o después de los informes orales, a que concreten los hechos y puntualicen, aclaren o rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar el objeto de debate ( LJCA art.63.2 ).

El desarrollo de la vista se registrará en soporte apto para la **grabación y reproducción** del sonido y de la imagen. El letrado de la Administración de Justicia debe custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes pueden pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales ( LJCA art.63.3 ).

**7104** El escrito de **conclusiones** es el trámite a través del cual las partes presentan sus alegaciones finales respecto al órgano jurisdiccional de forma escrita, resumiendo los hechos y, en su caso, la prueba practicada y presentando los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones ( LJCA art.64.1 ).

El **plazo** para formular el escrito es de 10 días sucesivos para los demandantes y demandados, siendo simultáneo para cada uno de estos grupos de partes si en alguno de ellos hubiera comparecido más de una persona y no actuarán unidos bajo una misma representación ( LJCA art.64.2 ).

**7105** **Solicitud del trámite de vista o conclusiones**  
(LJCA art.62.2)

La solicitud para la celebración de este trámite ha de formularse por medio de **otrosí** en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de 5 días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.

**7107** **Celebración del trámite de vista o conclusiones**  
(LJCA art.62.3)

El régimen de celebración de este trámite, que no tiene carácter obligatorio, es el siguiente:

**a)** Si las partes **solicitan expresamente** que se celebre -mediante otrosí en escrito de demanda o contestación a la demanda o dentro de los 3 días siguientes a la conclusión del período de prueba-:

- si ambas coinciden en la petición, se celebrará;
- si se ha celebrado prueba, se celebrará si una sola de las partes lo solicita;
- si las partes difieren en sus peticiones, se celebrará si lo pide el demandante.

**b)** Si ambas partes piden expresamente -mediante otrosí- **que no se celebre**, no se celebrará.

**c)** Si las partes **no dicen nada al respecto**, se celebrará si el juez lo estima pertinente.

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el juez o tribunal declarará que el pleito ha quedado **concluso para sentencia** ( LJCA art.64.4 ), salvo que haga uso de la facultad para practicar nuevas pruebas ( LJCA art.61.2 ), cosa inusual, en cuyo caso dicha declaración se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de la diligencia o diligencias de prueba acordadas.

## 7. Sentencia

---

**7110** **Plazo para dictar la sentencia**  
(LJCA art.67)

Es de 10 días desde que el pleito se declare concluso.

En caso de que el juzgador aprecie que **no puede cumplirse** el plazo, lo razonará convenientemente, señalando fecha posterior en la que se dictará sentencia, notificándose a las partes.

**7112** **Contenido de la sentencia**  
(LJCA art.67 y 68 )

La sentencia debe decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso, pronunciándose alguno de los siguientes **fallos**:

- inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo (causas legalmente tasadas);
- estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo (según la actividad impugnada se ajuste o no a Derecho, respectivamente).

Debe contener también el pronunciamiento sobre **costas** (nº 7390 s. ).

Singularmente relevante es la **motivación** del fallo, respecto de la cual la jurisprudencia señala lo siguiente:

- La obligación de motivar no es solo una obligación impuesta a los órganos judiciales ( Const art.120.3 ), sino un **derecho de los intervinientes** en el proceso ligado al derecho a la tutela judicial efectiva ( Const art.24 ). En este sentido constituye una garantía esencial para las partes mediante la cual se puede comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad ( TCo 6/2002 ).
- Una sentencia que **no responde a las cuestiones planteadas** en el proceso o de cuyo contenido no puedan extraerse las razones en que se basa el fallo no solo viola la ley sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva ( TCo 14/1991 ; 165/1993 ; 122/1994 ; 5/1995 ; 115/1996 ; 79/1996 ; 50/1997 ; 139/2000 ).
- Dicho deber de motivación no exige un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de **todos los aspectos y perspectivas** que las partes puedan tener de la cuestión que se decide. Así deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión (*ratio decidendi* determinante de aquella). En suma, la **suficiencia** de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito ( TCo 24/1990 ; 154/1995 ; 66/1996 ; 115/1996 ; 165/1999 ). No existe un derecho a una determinada extensión de la motivación ( TCo 187/2000 ).

#### 7114 En caso de inadmisión del recurso

(LJCA art.69 y 72.1)

La inadmisión del recurso o de alguna de las pretensiones se declara en los siguientes **supuestos**:

- Falta de jurisdicción del juzgado o tribunal contencioso-administrativo.
- Falta de capacidad, representación o legitimación del recurrente.
- Cuando tenga por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.
- Existencia de cosa juzgada o litispendencia.
- Presentación extemporánea del recurso.

La inadmisión del recurso solo produce **efectos** entre las partes.

#### 7115 En caso de desestimación del recurso

(LJCA art.70.1 y 72.1)

La desestimación del recurso procede cuando la disposición, acto o actuación impugnados se ajustan a Derecho.

Solo produce **efectos** entre las partes.

#### 7117 En caso de estimación del recurso

(LJCA art.70.2, 71 , 72.2 y 73 )

La estimación del recurso contencioso-administrativo procede cuando la disposición, actuación o acto impugnado incurriera en cualquier **infracción del ordenamiento jurídico**. Se incluye también la desviación de poder, entendiéndose por tal el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico.

Dependiendo de cuáles hayan sido las pretensiones esgrimidas, y con respeto al principio de congruencia, la estimación puede tener los siguientes **efectos**:

#### 7119 a) Anulación. Declaración de no-conformidad a Derecho y consiguiente anulación **total o parcial** de la disposición o acto recurrido, disponiéndose el cese o modificación de la actuación impugnada.

En el caso de anulación de **disposiciones generales**, los órganos jurisdiccionales no podrán determinar cómo han de quedar redactados los preceptos anulados. Tampoco podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

La anulación de un acto o disposición produce **efectos** para todas las personas afectadas. En este sentido, deben publicarse las sentencias firmes que anulen un acto que afecte a una **pluralidad indeterminada de personas**.

En el caso de anulación de una **disposición general**, las sentencias firmes tendrán efectos generales desde el día en que se publique el fallo y los preceptos anulados en el mismo diario oficial en que se publicara la disposición impugnada.

En cualquier caso, la anulación de preceptos de una disposición general no afecta por sí misma a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación surtiera efectos generales. La excepción a esta regla se enmarca en el derecho sancionador, de suerte que la anulación tendrá efectos en estos últimos casos cuando supusiera exclusión o reducción de las sanciones **aun no ejecutadas** totalmente.

**7120 b) Pretensiones de plena jurisdicción** (reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica individualizada). En este supuesto, se reconocerá dicha situación, adoptándose las medidas necesarias para el restablecimiento pleno de la misma.

En el caso de que la medida consistiera en **emitir un acto o practicar una actuación** jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para el cumplimiento del fallo.

La estimación de este tipo de pretensiones solo produce **efectos** entre las partes, sin perjuicio de la posibilidad de su extensión a terceros ( LJCA art.110 y 111 ).

**c) Resarcimiento de daños y perjuicios.** Cuando se ha ejercitado una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, se declarará el derecho a la reparación, determinando quién es el obligado a indemnizar.

La **cuantía** de la indemnización se fijará en sentencia cuando lo pida expresamente el demandante y en autos consten elementos suficientes para ello. En otro caso se establecerán las bases para la fijación de la cuantía, quedando diferida su concreción definitiva al periodo de ejecución de sentencia.

## 8. Otros modos de terminación del procedimiento

---

### 7125 Desistimiento (LJCA art.74)

El desistimiento consiste en la declaración de voluntad por la que demandante **abandona el proceso** que ha iniciado. A diferencia de la renuncia -que comporta el abandono del derecho o interés material y, por tanto, de la acción ejercitable- el desistimiento no impide iniciar un nuevo proceso.

Aunque no requiere una **forma** concreta -mediante escrito, oralmente en el acto de vista o mediante comparecencia-, se exige que sea expreso, de modo que no se presume ni puede considerarse implícito. No puede someterse a condiciones.

Resumimos las **reglas principales** de su regulación en el siguiente cuadro:

DESISTIMIENTO	
<b>Plazo</b>	En cualquier momento anterior a la sentencia
<b>Requisitos</b>	1. Necesidad de que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. 2. Si desistiera la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.
<b>Trámites</b>	1. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes y, en supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de 5 días. 2. Si prestan su conformidad al desistimiento o no se opusieran a él, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.
<b>Límites</b>	1. El juez o tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal. 2. Podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciara daño para el interés público
<b>Efectos</b>	Procedimiento con varios recurrentes: continuidad del procedimiento respecto de aquellos que no hubieran desistido. No implica necesariamente la condena en costas. En recurso de apelación o de casación: el letrado de la Administración de Justicia sin más trámites dicta decreto en el que declara terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución de las actuaciones recibidas al órgano jurisdiccional de procedencia.

## DESISTIMIENTO

Si después la Administración dicta un nuevo acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento: el actor puede pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encontrase, extendiéndose al acto revocatorio.  
Si el juez o tribunal lo estima conveniente, concederá a las partes un plazo común de 10 días para que formulen por escrito alegaciones complementarias sobre la revocación.

7127

### Precisiones

1) Se ha señalado que la **imprecisión temporal** en cuanto al plazo para desistir ha dado pie a opiniones para todos los gustos, aunque la solución más razonable y segura pasa por fijar como *dies ad quem* el anterior al del señalamiento hecho por el juez o tribunal (Santamaría Pastor, 2010).

2) En el supuesto de desistimiento **por parte de la Administración** recurrente, la mención a órgano competente se refiere a aquel que haya adoptado la iniciativa para interponer el recurso. Por otra parte, y en el ámbito del Estado, se exige que el abogado del Estado disponga de autorización expresa de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado ( L 52/1997 art.7 ).

3) Aunque la Ley parece determinar los dos **límites** señalados en la tabla, alguna decisión judicial no los entiende como requisitos acumulativos. Así se ha resuelto que «la sola **oposición de la Administración** no impide, por sí, el dictado de un auto declarando concluso el procedimiento por el planteamiento del desistimiento, si se procede a valorar la falta de afectación a los intereses o derechos públicos ( TSJ Andalucía/Granada 24-6-02, EDJ 46830 , apoyándose en TS auto 25-2-00 ).

4) El desistimiento implica la pérdida de vigencia de las **medidas cautelares** adoptadas ( TS auto 14-1-94, EDJ 115 ).

5) El desistimiento en **recurso de apelación o casación** se admite de plano ( TS auto 21-3-94, EDJ 2584 ) porque se considera que la tutela del interés público ya ha quedado plenamente garantizada por el fallo recaído en la instancia jurisdiccional previa ( TS auto 10-5-07, EDJ 37807 ).

7130 **Allanamiento**

(LJCA art.75)

El allanamiento consiste en el **reconocimiento o conformidad del demandado** con la pretensión del recurrente, de modo que el juzgador queda en principio obligado a resolver conforme a la pretensión reconocida ( TSJ Madrid 19-6-07, EDJ 207164 ). Ello alcanza a la pretensión principal, pero no a la subsidiaria que hubiera podido anudarse a la desestimación de la primera en el suplico de la demanda ( TS 5-6-12, EDJ 110340 ).

El allanamiento es una manifestación de voluntad que debe efectuarse **de manera expresa**, sin que quepa en ningún caso entenderse producida por silencio ( TSJ Madrid 11-6-08, EDJ 149431 ).

Cuando hay **varios codemandados**, el proceso debe seguir respecto de los que no se allanen, so pena de provocarles una indefensión material, siendo contraria a Derecho una sentencia estimatoria de la pretensión basada únicamente en el allanamiento de la Administración ( TS 21-4-04, EDJ 31600 ).

Resumimos las **reglas principales** de su regulación en el siguiente cuadro:

ALLANAMIENTO	
<b>Requisitos</b>	1. Necesidad de que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. 2. Si se allanare la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente conforme a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.
<b>Actuación subsiguiente</b>	1. El juez o tribunal, sin más trámites, dicta sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante. 2. Excepción: cuando ello suponga infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. En tal caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de 10 días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho.
<b>Varios demandados</b>	Continuación del procedimiento respecto de los que no se hubieran allanado.

7132

### Precisiones

1) Resulta contraria a derecho la admisión del allanamiento en cuanto afecta a un codemandado cuya **posición procesal no resulta clara** por cuanto se desconoce el derecho que la puede legitimar como tal en el proceso ( TS 28-11-88, EDJ 9376 ).

2) La decisión sobre el allanamiento es una actuación procesal que solo cabe **controlar y examinar** por el juez o tribunal que conoce del recurso contencioso-administrativo, no siendo susceptible de impugnación en otro proceso independiente y autónomo de aquel en el que se produjo el allanamiento ( TS 25-3-02, EDJ 7987 ).

3) Aunque no hay previsión legal expresa sobre la eventual imposición de **costas procesales**, debe entenderse aplicable por analogía la regla prevista para el desistimiento ( LJCA art.74 : nº 7125 ). Sobre imposición de costas a la Administración por temeridad, ver TSJ Castilla-La Mancha 23-12-99, EDJ 49780 ; 17-10-00, EDJ 67977 .

#### 7134 Satisfacción extraprocésal de las pretensiones del demandante (LJCA art.76)

A diferencia del allanamiento -que debe producirse necesariamente ante el órgano judicial que conoce el asunto-, en la satisfacción extraprocésal la Administración demandada, iniciado el proceso contencioso-administrativo, **reconoce totalmente en vía administrativa** las pretensiones del demandante ( TS 20-7-98, EDJ 20919 ).

La satisfacción extraprocésal puede producirse una vez **interpuesto el recurso**, siendo indiferente que se produzca antes o después de formulada la demanda, siempre que la pretensión del recurrente esté suficientemente explicitada ( TS 25-5-99, EDJ 10519 ).

Está supeditada a dos **condiciones**: el reconocimiento total de las pretensiones del recurrente y que el acto de la Administración sea posterior al inicio del recurso contencioso-administrativo ( TS 3-11-99, EDJ 38974 ).

El proceso no termina por sentencia, sino por **auto** ordenando el archivo si tras el trámite de audiencia se comprueba que el reconocimiento no infringe el ordenamiento jurídico. Solo en este caso debe dictarse sentencia. En la satisfacción extraprocésal no procede dictar sentencia estimatoria anulando el acto impugnado ( TSJ Madrid 11-6-08, EDJ 144538 ).

En lo que se refiere a las **costas**, si la resolución judicial declara la satisfacción extraprocésal de la pretensión y no acepta ni rechaza las pretensiones que afectan a derechos fundamentales, no procede la condena en costas ( TS auto 25-3-94, EDJ 2767 ).

Resumimos las **reglas principales** de su regulación en el siguiente cuadro:

SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL	
<b>En qué consiste</b>	Cuando, interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante.
<b>Trámites</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del juez o tribunal, cuando la Administración no lo hiciera.</li><li>2. El letrado de la Administración de Justicia mandará oír a las partes por plazo común de 5 días.</li><li>3. Previa comprobación de lo alegado, el juez o tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo.</li><li>4. Excepción: si el reconocimiento infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico, dictará sentencia ajustada a Derecho.</li></ol>

#### 7135

##### Precisiones

1) No debe confundirse con la **causa de inadmisión** ( TSJ Madrid 21-5-07, EDJ 132061 ).

2) Tampoco debe confundirse con la **pérdida del objeto del recurso**, en cuanto esta viene determinada por circunstancias sobrevenidas, externas o ajenas al pleito ( TS 20-11-17, EDJ 237167 ).

3) La satisfacción de las pretensiones ha de ser completa o total, sin que quepa entenderse producida cuando es **parcial o condicionada** ( TS 25-5-99, EDJ 10519 ; TSJ País Vasco auto 4-2-99, EDJ 30421 ).

4) Si hay **dudas sobre la satisfacción** de las pretensiones es relevante conocer la opinión del demandante (Santamaría, 2010).

5) La **oposición de un codemandado** no es relevante ni impide la extinción del proceso, ni le causa indefensión puesto que puede emplear las vías impugnatorias -administrativa y judicial- contra el acto administrativo que ha producido la satisfacción extraprocésal ( TSJ auto Castilla y León 2-1-07, EDJ 12325 ).

6) La **comprobación** que realiza el juez o tribunal ha de versar sobre la efectiva satisfacción de todas las pretensiones y la adecuación a Derecho de la actividad jurídica.

7) En el precepto sobre el **desistimiento** aparece inexplicablemente la mención a «Supuestos de satisfacción extraprocésal en los que después la Administración dictase un nuevo acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento». A la vista de la regulación cuando hay satisfacción extraprocésal cabe terminar el proceso por ambas vías ( LJCA art.74 y 76 ), aunque el régimen de una y otra no son coincidentes: en la satisfacción extraprocésal no puede oponerse la Administración demandada y el juez puede no admitirla cuando estime que infringe manifiestamente el ordenamiento jurídico. Para evitar disfunciones habría que entender aplicable analógicamente la previsión de LJCA art.74.7 de modo que cuando la Administración dicta un nuevo acto total o parcialmente revocatorio



del reconocimiento el demandante puede pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encuentre, extendiéndose al acto revocatorio (Santamaría, 2010).

**8) En recurso de casación**, la satisfacción extraprocesal equivale a la pérdida del objeto del recurso con la misma consecuencia, consistente en la terminación del procedimiento ( TS auto 13-11-01, EDJ 98924 ).

#### 7137 Transacción judicial (LJCA art.77)

La transacción judicial se inicia en el seno del proceso aunque puede desarrollarse dentro o fuera del mismo.

Debe llevarse a cabo **entre todas las partes** del proceso y tiene naturaleza contractual ( CC art.1809 ).

Resumimos las **reglas principales** de su regulación en el siguiente cuadro:

TRANSACCIÓN JUDICIAL	
<b>Procesos y momento en los que puede darse</b>	1. En los procedimientos en primera o única instancia. 2. Puede producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.
<b>En qué consiste</b>	El juez o tribunal, <i>de oficio o a solicitud de parte</i> , una vez formuladas la demanda y la contestación, puede someter a la consideración de las partes: - el reconocimiento de hechos o documentos; - la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia. Requisito: que el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción (en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad).
<b>Requisitos</b>	Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción.
<b>Efectos</b>	1. El intento de conciliación no suspende las actuaciones, salvo que todas las partes personadas lo soliciten. 2. Si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o tribunal dicta auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

#### 7139

##### Precisiones

**1)** Mayores problemas plantea la determinación de las **materias susceptibles de transacción**. No ofrecen serias dudas las de contenido más puramente patrimonial (determinación de una cuantía indemnizatoria, justiprecio expropiatorio, sanción económica) respecto de las cuales la transacción es posible. No ocurre lo mismo cuando se trata del ejercicio de potestades administrativas regladas, salvo habilitación legal al respecto.

**2)** Teniendo en cuenta que se limita a los procedimientos en primera o única instancia, no cabe en **recurso de apelación o de casación**.

#### | SECCIÓN 12

## Procedimiento abreviado

(LJCA art.78)

**7145** Es un **proceso especial**, de carácter predominantemente oral, que se rige, en todo lo que no esté especialmente previsto, por las normas generales del proceso ordinario ( LJCA art.78.23 ), cuando no sean incompatibles con las específicas propias

##### Precisiones

Para un **estudio detallado** del procedimiento abreviado, ver nº 3000 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Administrativo-Contencioso Administrativo.

**7146** **Órganos jurisdiccionales competentes**  
(LJCA art.78.1)

Son los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, con respecto a los asuntos de su competencia (nº 7147 ).

**7147 Objeto**  
(LJCA art.78.1)

Asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales reseñados que se susciten sobre las siguientes cuestiones:

- a) **Personal** al servicio de las Administraciones públicas.
- b) **Extranjería** e inadmisión de peticiones de **asilo político**.
- c) **Disciplina deportiva** en materia de dopaje.
- d) Aquellas cuya **cuantía** no supere los 30.000 euros.

A ello debe sumarse la previsión de que los recursos contencioso-administrativos contra la **inactividad de la Administración** en su versión de inejecución de actos firmes se han de tramitar por este procedimiento abreviado ( LJCA art.29.2 ). En relación con ello la jurisprudencia mantiene que este supuesto se prevé para que los tribunales obliguen a la Administración a ejecutar sus propios actos firmes cuando el sentido de estos o su contenido no vengán supeditados a otros requisitos o condiciones. Sin embargo, cuando estas condiciones existan o **sea discutible su cumplimiento** -puesta en entredicho no de la firmeza del acto sino su falta de eficacia intrínseca-, el procedimiento abreviado no es el idóneo para lograr la ejecución del acto ( TS 23-4-08, EDJ 66985 ). Este cauce no ampara la pretensión de que una Administración pública pueda ser obligada a llevar a efecto decisiones de otros poderes o incluso a ejecutar documentos públicos a los que la parte atribuye legitimidad de origen y eficacia ejecutiva ( TS 22-3-11, EDJ 19790 ).

**7149 Procedimiento**  
(LJCA art.78.2 a 78.23)

El procedimiento abreviado es **eminente oral**.

Resumimos las **reglas principales** de su regulación en el siguiente cuadro:

<b>PROCEDIMIENTO ABREVIADO</b>			
<b>Inicio</b>	Por demanda a la que se acompañará el documento o documentos en que el actor funde su derecho y aquellos previstos en LJCA art.45.2 (nº 7040 ).		
<b>Admisión de la demanda</b>	El letrado de la Administración de Justicia, apreciada la jurisdicción y competencia objetiva del tribunal, admitirá la demanda (en otro caso dará cuenta al tribunal para que resuelva). El letrado de la Administración de Justicia acuerda: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Admisión de la demanda y su traslado al demandado.</li> <li>- Citación a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora.</li> <li>- Requerimiento a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo, con al menos 15 días de antelación del término señalado para la vista.</li> </ul>		
<b>Remisión del expediente al actor y a los interesados</b>	Para que puedan realizar alegaciones en el acto de vista. <ul style="list-style-type: none"> <li>- Comparecencia de las partes o de alguna de ellas: apertura de la vista.</li> <li>- Si las partes no comparecen o lo hace solo el demandado: se tiene al actor por desistido del recurso y se le condenará en costas.</li> <li>- Si solo comparece el actor: se prosigue la vista en ausencia del demandado.</li> </ul>		
<b>Vista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Exposición del demandante de los fundamentos de lo que pide o ratificación de los expuestos en la demanda.</li> <li>- Formulación de alegaciones por parte del demandado comenzando por las cuestiones relativas a la jurisdicción, a la competencia objetiva o territorial y a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.</li> <li>- Audiencia al demandante sobre estas cuestiones.</li> </ul> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El juez resuelve lo que proceda.</li> </ul> </td> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Prosecución del juicio.</li> <li>- Declina en conocimiento del asunto a favor de otro juzgado o tribunal o declara la inadmisibilidad del asunto.</li> <li>- Posibilidad de cualquiera de las partes pida la constancia en acta de su disconformidad.</li> </ul> </td> </tr> </table> <p>Cuando el demandado impugne la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El juez (antes de practicar las pruebas o, en su caso, las conclusiones) exhorta a las partes a ponerse de acuerdo.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El juez resuelve lo que proceda.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Prosecución del juicio.</li> <li>- Declina en conocimiento del asunto a favor de otro juzgado o tribunal o declara la inadmisibilidad del asunto.</li> <li>- Posibilidad de cualquiera de las partes pida la constancia en acta de su disconformidad.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- El juez resuelve lo que proceda.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Prosecución del juicio.</li> <li>- Declina en conocimiento del asunto a favor de otro juzgado o tribunal o declara la inadmisibilidad del asunto.</li> <li>- Posibilidad de cualquiera de las partes pida la constancia en acta de su disconformidad.</li> </ul>		

PROCEDIMIENTO ABREVIADO	
	- Si no se alcanza el acuerdo, decide el juez el curso procedimental que corresponda (decisión no susceptible de recurso).
<b>Continuación de la vista</b>	Se da la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones. Cuando: - La controversia tenga carácter meramente jurídico. - De las alegaciones se desprenda la conformidad de todos los demandados con las pretensiones del actor. - Ausencia de proposición de prueba. - Inadmisibilidad de la prueba propuesta. Apreciación de tal circunstancia por el juez y, si no hay oposición de ninguna parte, se dicta sentencia. Formulación de oposición con estimación del juez: prosecución de la vista. Formulación de oposición con desestimación del juez: en la misma sentencia (especial pronunciamiento).
Disconformidad en los hechos	Proposición de prueba y admisión o inadmisión de la misma.
Denegación de pruebas o admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales	Posibilidad de interponer en el acto recurso de súplica -reposición-, que se sustanciará y resolverá seguidamente.
<b>Práctica de prueba</b>	Preguntas para el interrogatorio de parte Verbalmente, sin admisión de pliegos.
	Prueba testifical No se admiten escritos de preguntas y repreguntas. Cuando el número de testigos sea excesivo y el juez considerara que sus manifestaciones pueden constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, podrá limitarlos discrecionalmente.
	Prueba pericial No se aplican las reglas generales sobre insaculación de peritos.
	Si el juez estima que alguna prueba relevante no puede practicarse en la vista, sin mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarla, la suspenderá, señalando el letrado de la Administración de Justicia en el acto, y sin necesidad de nueva notificación, el lugar, día y hora en que deba reanudarse.
<b>Conclusiones</b>	Posibilidad de que las personas, parte en el asunto, con la venia del juez, expongan de palabra lo que crean oportuno para su defensa antes de dar por terminada la vista.
<b>Acta</b>	Documentada de acuerdo con lo establecido en LJCA art.63.3 y 4. Si los mecanismos de garantía o los medios de registro no pudiesen utilizarse: contenido del acta conforme a LJCA art.78.22.
<b>Sentencia</b>	10 días desde la celebración de la vista.

7150

#### Precisiones

**1) El escrito de interposición** del recurso debe ir firmado por la parte en persona, junto con su letrado. Como no lo estaba, y el letrado carecía de representación, se imponía la comparecencia personal o la acreditación de la representación. Cuando no resulta posible la comparecencia personal de la parte ante el juzgado para firmar la demanda, es exigible que el letrado, tras ser requerido, informe al juzgado de que, siendo su patrocinado ilocalizable, ha solicitado procurador de oficio (caso de justicia gratuita) pidiendo al juzgado **prórroga para subsanación** hasta recibir la respuesta del colegio de procuradores (TSJ Madrid 2-7-09, EDJ 180551).

**2)** Se exige con claridad que el recurso se inicie por **demanda** (LJCA art.78.2). Advertido el defecto de que se presentó el recurso sin demanda, y tras el pertinente plazo de subsanación de 10 días sin formalizarse la misma, procede el archivo de actuaciones (AN 17-10-12, EDJ 229099).

**3)** El escrito por el que se inició el recurso contencioso-administrativo, excede el mero escrito de interposición del recurso y, aunque no emplea tal denominación, puede entenderse como una verdadera demanda puesto que bajo

el rótulo «alegaciones» se incluye el relato de los **hechos motivadores de la petición**, referencia al expediente administrativo, motivos de invalidez esgrimidos y la pretensión de declaración de nulidad. Tiene por tanto el escrito los caracteres básicos de una demanda ( TSJ Extremadura 25-4-12, EDJ 75046 ).

**4)** Se impone al juez el deber procesal de resolver en la vista del juicio oral, y no en sentencia, lo que proceda a fin de subsanar, con anterioridad al dictado de sentencia sobre el fondo, la **cuestión de la inadmisibilidad** planteada ( LJCA art.78.8 ). Aducida por la demandada la causa de inadmisibilidad y oída la alegación de la parte oponiéndose a la misma, el juez no resuelve ni llega a disponer sobre la cuestión de inadmisibilidad, limitándose a recoger el acta del juicio que, sin solución de continuidad, se recibiese el pleito a prueba, lo cual entraña un grave defecto procesal. El incidente suscitado debió haberse resuelto mediante auto o en la vista (mediante resolución dictada oralmente), documentándose debidamente en el acta. En este sentido nada impide que, si no se dan las condiciones para la resolución inmediata de la causa de inadmisibilidad, se procesa a la suspensión de la vista por el tiempo necesario y la posterior reanudación ( TSJ País Vasco 5-9-11, EDJ 369044 ; 22-9-11, EDJ 369040 ).

**5)** Con base en razones de economía procesal en los casos en los que en la vista oral se suscite la **causa de inadmisibilidad** de LJCA art.69.c) , la continuación del juicio y su decisión mediante sentencia requiere, preceptivamente, que se resuelvan por la autoridad judicial en sentido desestimatorio aquellas cuestiones que puedan obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo ( TSJ País Vasco 23-2-16, EDJ 40116 ).

**6)** En el procedimiento abreviado la **valoración de las pruebas** practicadas con aplicación del principio de inmediación judicial y la declaración del resultado probatorio, entendido como juicio fáctico, es función básica del juzgador de instancia ( TSJ País Vasco 23-2-16, EDJ 40116 ).

**7)** Sobre **inasistencia injustificada** del procurador y de la parte demandante a la vista del juicio, ver sentencia AN 21-3-12, EDJ 50221 .

**8)** Es imposible determinar en abstracto la **duración razonable** de un procedimiento abreviado. Se ha declarado la inexistencia de dilaciones indebidas cuando desde que dictó la providencia de señalamiento y la fecha señalada para vista oral median 20 meses, puesto que el interregno temporal no obedece a la pasividad del órgano judicial sino al respeto escrupuloso del orden cronológico de señalamientos según la agenda del juzgado ( TCo 21-7-08 ).

## SECCIÓN 13

# Procedimientos especiales

7155	1. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona	7160
	2. Cuestión de ilegalidad	7175
	3. Procedimiento en casos de suspensión administrativa previa de acuerdos	7190
	4. Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado	7195
	5. Procedimiento para la declaración judicial de extinción de partidos políticos	7199

7157 Además del procedimiento ordinario y del abreviado, expuestos en las dos secciones anteriores, se regulan ciertos procesos de naturaleza contencioso-administrativa, pero que presentan **especialidades** con respecto a las normas generales, debidas a la particularidad del acto objeto de la impugnación.

## Precisiones

Para un **estudio detallado** de estos procesos especiales, ver nº 3100 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Administrativo-Contencioso Administrativo.

### 1. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona

#### 7160 Objeto (LJCA art.114.2)

Puede ser objeto de este procedimiento cualquier tipo de **actividad administrativa** -incluidos los actos políticos del Gobierno y Consejos de Gobierno autonómicos ( LJCA art.2.a )-.

En este procedimiento especial pueden hacerse valer las **pretensiones** contempladas en LJCA art.31 y 32 (nº 6970 s. ), siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades constitucionales reconocidos en la Const art.14 a 29 y que sirvieron de base a la formulación del recurso.

El problema se plantea cuando en un mismo conflicto conviven problemas de **legalidad ordinaria** y una eventual lesión de derechos fundamentales, existiendo así diversas vías de actuación:

a) Procedimiento **especial** de protección de derechos fundamentales de la persona: solo para la vulneración de derechos fundamentales, sin que quepa alegar cuestiones de legalidad ordinaria.

b) Procedimiento **contencioso-administrativo ordinario**, por el que se seguirían tanto las cuestiones de legalidad ordinaria como de lesión de derechos fundamentales.

c) Simultanear **ambos procesos**, separando las pretensiones. En relación con esta posibilidad debe tenerse en cuenta que el proceso especial no suspende los plazos para la interposición del recurso contencioso en el proceso ordinario. Si se desestima la pretensión ejercitada en el proceso especial, no podría hacerse valer en el proceso ordinario.

Precisiones

En **procedimientos simultáneos** basados ambos exclusivamente en la vulneración de derechos fundamentales, la jurisprudencia ha venido entendiendo que el proceso ordinario debe apreciar la excepción de litispendencia ( TS 2-12-05, EDJ 213955 ).

7162 **Plazo**  
(LJCA art.115)

El plazo de **interposición** es de 10 días.

El **inicio del cómputo** se determina de la forma siguiente:

<b>Regla general</b>	Desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites.
<b>Inactividad administrativa</b>	Transcurridos 20 días desde la reclamación.
<b>Si se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo</b>	Transcurridos 20 días desde la presentación del recurso.
<b>Vía de hecho</b>	- Desde el requerimiento para el cese de la vía de hecho. - Transcurridos 20 días desde el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho (si no se hubiese formulado requerimiento).

Precisiones

El plazo es de **caducidad**, transcurrido el cual debe inadmitirse el recurso a través de este procedimiento por presentación extemporánea del mismo ( TS 27-5-11, EDJ 131392 ).

7164 **Procedimiento**  
(LJCA art.116 a 121 )

El **esquema procedimental** es el siguiente:

<b>PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA</b>	
<b>Cuestiones generales</b> ( LJCA art.114 )	- Pretensiones tendentes al restablecimiento o preservación de los derechos y libertades por razón de los cuales se hubiera formulado el recurso. - Tramitación preferente.
<b>Interposición</b> ( LJCA 115 )	<b>Plazo:</b> 10 días. <b>Escrito de interposición:</b> - Se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende. - Exposición concisa de los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.
<b>Trámites</b> ( LJCA art.116 )	<b>Requerimiento del expediente</b> (con carácter urgente) por el letrado de la Administración de Justicia acompañando copia del escrito de interposición: - El mismo día de la presentación del recurso. - Plazo máximo para remitir el expediente (con informes y datos que estime procedentes): 5 días desde la recepción del requerimiento.

PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	
	<p>- Falta de envío del expediente administrativo dentro del plazo: no suspende el curso de los autos.</p> <p><b>Comunicación y emplazamiento</b> a los interesados para que puedan comparecer como demandados.</p> <p>- A realizar por el órgano administrativo al remitir el expediente,</p> <p>- Plazo de comparecencia: 5 días.</p> <p>La Administración, con el envío del expediente, y los demás demandados, al comparecer, pueden <b>solicitar razonadamente la inadmisión del recurso</b> y la celebración de la comparecencia ( LJCA art.117.2 ).</p> <p><b>Puesta de manifiesto a las partes</b> por plazo de 48 horas. Posibilidad de hacer alegaciones, sin alteración del procedimiento.</p>
<b>Prosecución del procedimiento o eventual inadmisión</b> ( LJCA art.117 )	<p>Decreto del letrado de la Administración de Justicia mandando seguir las actuaciones: dentro del día siguiente a recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y el del emplazamiento a los demás interesados.</p> <p>Existencia de <b>posibles motivos de inadmisión</b> del procedimiento: convocatoria a las partes y al Ministerio Fiscal a una <b>comparecencia</b>, que habrá de tener lugar antes de transcurrir 5 días, en la que se les oirá sobre la procedencia de dar al recurso la tramitación.</p> <p>En el siguiente día, el órgano jurisdiccional dictará auto mandando <b>proseguir las actuaciones</b> por este trámite o acordando su <b>inadmisión</b> por inadecuación del procedimiento.</p>
<b>Demanda y contestación</b> ( LJCA art.118 y 119 )	<p>- Puesta de manifiesto del expediente y demás actuaciones al recurrente para que en el plazo improrrogable de <b>8 días</b> pueda formalizar la demanda y acompañar los documentos.</p> <p>- Traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y partes demandadas: contestación en el plazo común e improrrogable de 8 días.</p>
<b>Periodo probatorio</b> ( LJCA art.120 )	<p>Evacuado el trámite de alegaciones o transcurrido el plazo para efectuarlas, el órgano jurisdiccional decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba (normas generales).</p> <p><b>Periodo probatorio:</b> no superior a 20 días comunes para su proposición y práctica.</p>
<b>Conclusión: sentencia</b> ( LJCA art.121 )	<p>- Sentencia: en el <b>plazo</b> de 5 días.</p> <p>- La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.</p> <p>- Contra las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo procederá siempre <b>recurso de apelación</b> en un solo efecto.</p> <p>- Puede también formularse <b>recurso de casación</b> cualquiera que sea la cuantía ( LJCA art.86.2 b ).</p>

7165 Para constatar la viabilidad del cauce procesal, la interposición del recurso debe contener los siguientes **elementos**:

- indicación del derecho o derechos fundamentales cuya tutela se reclama;
- identificación del acto causante de la infracción; y
- exposición -siquiera mínima- de las razones por las que el acto impugnado tiene virtualidad para la lesión del derecho fundamental ( TCo 31/1984 ; TS 6-6-03 ; 11-10-04, EDJ 174176 ).

El examen de estos elementos que hace el tribunal debe **constatar su concurrencia**, no prejuzgando su certeza ni corrección jurídica, aunque no limitándose a una mera comprobación formal a la que pudiera resultar vinculado sin una mínima consistencia material ( TS 11-10-04, EDJ 174176 ).

La tramitación de este procedimiento es **preferente y sumaria** ( LJCA art.114.3 ), lo que implica prioridad en su tramitación y una reducción importante de los plazos procesales. Para este procedimiento el mes de agosto tiene carácter hábil ( LJCA art.128.2 ).

La utilización del proceso especial no requiere el **agotamiento de la vía administrativa** previa ( TS 22-3-06, EDJ 29347 ; 17-10-08, EDJ 197278 ; TSJ Cataluña 21-10-02, EDJ 72180 ).

Con **carácter supletorio** rigen las normas generales de la Ley ( LJCA art.114.1 ).

7167

Precisiones

1) Rige el **principio «pro actione»** ( TS 15-9-08, EDJ 166815 ; 28-4-08, EDJ 73298 ; 7-7-08, EDJ 134152 ). De este modo, la **inadmisibilidad** por inadecuación de este procedimiento requiere que en el escrito de interposición del proceso especial no se hayan citado con claridad y precisión el derecho o derechos cuya tutela se pretende y los argumentos sustanciales en que se funda el recurso. En sentido contrario, cuando tales requisitos se cumplen, no puede inadmitirse el recurso ( TS 10-12-09, EDJ 307412 ).

Aunque no basta la mera invocación de afectación a un derecho fundamental, la inadmisibilidad solo puede declararse cuando no haya sombra de duda alguna de que no está en juego ningún derecho fundamental. La **carencia de contenido constitucional** ha de ser manifiesta: porque el derecho afectado no entra dentro de los susceptibles de tutela a través de este proceso; porque la cita es genérica y carente de fundamentación mínima; o porque la actuación impugnada no puede ontológicamente vulnerar el derecho fundamental cuyo amparo se pretende ( TSJ Madrid 11-3-09, EDJ 389337 ).

2) Se da una **utilización indebida** del cauce procesal cuando el fondo del asunto es de naturaleza y aplicación de legalidad ordinaria ( TSJ Andalucía/Granada 13-5-02, EDJ 32690 ; TSJ Andalucía/Sevilla 27-2-09, EDJ 109339 ).

3) Sobre la **compatibilidad con el recurso indirecto contra reglamentos**: nada impide que en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona se ventile la constitucionalidad de un acto que aplica una norma que se reputa inconstitucional ( TS 21-2-18, EDJ 10092 ).

#### 7169 Singularidades en materia de derecho de reunión

(LJCA art.122)

Se trata de un proceso con reglas muy peculiares, previsto para **supuestos** de prohibición o propuesta de modificación de reuniones reguladas en la LO 9/1983 , reguladora del derecho de reunión, no aceptadas por sus promotores.

Se trata de reuniones en **lugares de tránsito público** y de manifestaciones cuya celebración ha de ser comunicada a la autoridad gubernativa por parte de los organizadores o promotores (antelación: mínimo de 10 días naturales y máximo de 30; en caso de convocatorias urgentes: 24 horas).

#### Precisiones

1) La protección del derecho fundamental de reunión ha de hacerse **necesariamente** a través de la vía de LJCA art.122 , no pudiendo emplearse otras ( TSJ Castilla-La Mancha 24-9-03, EDJ 207680 ). De igual modo, a la inversa, esto es, no cabe recurrir a este procedimiento para otro tipo de situaciones no enmarcables en el ejercicio de este derecho fundamental -p.e. espectáculos públicos- ( TSJ Cataluña 18-5-01, EDJ 31558 ).

2) Ha de entenderse que en este proceso juegan igualmente las **causas de inadmisión** -p.e. falta de legitimación por cuanto un poder general no demuestra la voluntad de ejercitar la acción judicial de LJCA art.122 - ( TSJ Madrid 29-8-12, EDJ 237801 ).

#### 7170 Procedimiento

El **plazo** para la interposición del recurso es el de las 48 horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación.

Los promotores han de **trasladar copia** debidamente registrada del escrito de recurso a la autoridad gubernativa para que esta remita inmediatamente el expediente.

El **órgano jurisdiccional competente** para su conocimiento es la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal superior de justicia correspondiente según la circunscripción en que se hubiera dictado el acto recurrido ( LJCA art.10.1 h ).

El letrado de la Administración de Justicia, en el plazo improrrogable de 4 días y poniendo de manifiesto el expediente (si se ha recibido) convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes (o persona que designen como representante) a una **audiencia** en la que el tribunal oír a todos los personados, resolviendo el conflicto.

La **grabación** de la audiencia y su documentación se rigen por lo dispuesto en la LJCA art.63 .

Las decisiones jurisdiccionales en materia de derecho de reunión no son susceptibles de **recurso** alguno, excluyéndose también del recurso de casación ( LJCA art.82.2.c ). Cabe, sin embargo, **recurso de amparo**, caso de que se entienda vulnerado algún derecho fundamental ( LOTC art.41 s. ).

La **decisión** se limitará a mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas. La referencia legal a la decisión no impide entender que debe dictarse sentencia.

#### 7172 Procedimiento para autorización de interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado

Este proceso es el previsto para dos supuestos, cada uno de los cuales presenta **singularidades procedimentales**:

**a)** Es precisa la **autorización judicial** para la interrupción de la prestación de servicios de la información o retirada de datos que atentan o pueden atentar contra determinados principios - salud pública, protección infancia y juventud...- ( L 34/2002 art.8.2 ).

Se inicia con la **solicitud** de los órganos competentes exponiendo las razones que fundan la petición con los documentos procedentes.

El juzgado, en las 24 horas siguientes a la petición, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dicta **resolución** autorizando la solicitud, siempre que no se afecte a lo dispuesto en Const art.18.1 y 3 .

**b)** La ejecución de este mismo tipo de medidas adoptadas por la **Comisión de Propiedad Intelectual** (Sección Segunda) requiere autorización judicial. Se solicita al juzgado competente la autorización para dicha ejecución, referida a la posible afectación de derechos y libertades de Const art.20 .

En los 2 días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión (plazo improrrogable) el juzgado pone de manifiesto el expediente y convoca a una **audiencia** al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que estos designen como representante.

La audiencia tiene **carácter contradictorio** y en ella el juzgado debe oír a todos los personados.

La **resolución** recae mediante auto en el plazo improrrogable de 2 días. La decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida.

Las decisiones sobre autorizaciones son susceptibles de **recurso de apelación** ( LJCA art.80.1.c ).

## 2. Cuestión de ilegalidad

(LJCA art.27 y 123 a 126 )

**7175** La cuestión de ilegalidad consiste en el planteamiento, sin solicitud de parte, por el juez o tribunal que ha dictado sentencia firme estimatoria de un **recurso indirecto de impugnación** de una disposición de carácter general, de una pretensión de impugnación directa de dicha norma ante el tribunal competente para conocer de esta, quien debe decidir sobre la legalidad de la disposición de carácter general, con fuerza de cosa juzgada y sin efectos sobre la sentencia que resolvió el recurso indirecto (respetando la situación creada por esta).

Es, por tanto, un proceso que parte de la siguiente **situación** ( LJCA art.27.1 ): un órgano judicial que, al conocer de un recurso indirecto contra reglamentos, es competente para anular el acto administrativo impugnado, no lo es, sin embargo, para anular la disposición general de la que aquel acto es aplicación.

### 7177 Legitimación

(LJCA art.27)

Quien plantea la cuestión de ilegalidad es el **juez o tribunal** de lo contencioso-administrativo que haya dictado sentencia firme estimatoria al entender que la disposición general en la que el acto impugnado se basa es ilegal.

Ténganse en cuenta las siguientes precisiones ( LJCA art.27.2 y 3 ):

**a)** Si el juez o tribunal es **competente** para conocer del eventual recurso directo contra la disposición cuestionada, debe declarar su validez o nulidad.

**b)** El **Tribunal Supremo** puede anular cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella.

**c)** Los **tribunales superiores de justicia** que conocen en apelación de un recurso indirecto, deben pronunciarse directamente sobre la legalidad de la disposición impugnada -si son competentes para ello- ( LJCA art.27.2 ; TS 20-9-07, EDJ 199786 , con cita de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido).

### 7179 Objeto

(LJCA art.123.1)

El objeto de este proceso es el precepto o **preceptos reglamentarios** cuya declaración de ilegalidad ha servido de fundamento para la estimación de la demanda.



Es un procedimiento especial que, como tal, debe interpretarse restrictivamente. Siendo su objeto **disposiciones reglamentarias**, todo aquello que carezca de tal naturaleza no puede servir para plantear una cuestión de ilegalidad.

#### Precisiones

Se ha negado la posibilidad de plantear cuestión de ilegalidad respecto de las **relaciones de puestos de trabajo** ( TS 4-7-12, EDJ 154947 ). No obstante pueden encontrarse casos en los que se ha admitido la cuestión de ilegalidad contra las mismas ( TSJ Aragón 30-4-04, EDJ 141691 ; contra esta sentencia se recurrió en casación, desestimada por TS 21-10-09, EDJ 251613 , sin discusión acerca de la naturaleza jurídica de las relaciones de puesto de trabajo ni, consecuentemente, sobre la improcedencia de plantear la cuestión de ilegalidad).

#### 7180 Plazo (LJCA art.123.1)

El juez o tribunal planteará la cuestión de ilegalidad dentro de los 5 días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia. Se plantea mediante auto, contra el que no cabe recurso alguno

#### 7182 Procedimiento (LJCA 123 a 125)

Se inicia con el **auto** mediante el que el juez o tribunal plantea la cuestión en el plazo antes referido. El letrado de la Administración de Justicia ha de remitir urgentemente **certificación** del auto de planteamiento, al que se acompañarán copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo. Acuerda también la **publicación** del auto de planteamiento en el diario oficial en que se publicó la disposición cuestionada ( LJCA art.124 ).

En este mismo auto se acuerda el **emplazamiento a las partes** para que, en el plazo de 15 días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el tribunal competente para decidir la cuestión ( LJCA art.123.2 ). Puede acompañarse también la **documentación** que se estime oportuna para enjuiciar la legalidad de la disposición cuestionada ( LJCA art.125.1 ). Transcurrido dicho plazo de 15 días no se admite la personación.

Terminado el plazo de personación y alegaciones, el letrado de la Administración de Justicia declara concluso el procedimiento y la **sentencia** se dicta en los 10 días siguientes a tal declaración ( LJCA art.125.2 ).

Este plazo queda interrumpido si, para mejor proveer, el tribunal acuerda reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna **prueba de oficio**. En estos casos el letrado de la Administración de Justicia acordará la audiencia a las partes por plazo común de 5 días sobre el expediente o el resultado de la prueba ( LJCA art.125.3 ).

El tribunal, en **trámite de admisión**, puede rechazar la cuestión de ilegalidad mediante auto y sin necesidad de audiencia de las partes cuando falten las condiciones procesales ( LJCA art.125.2 ).

#### 7184

#### Precisiones

1) Se ha declarado la inadmisión de la cuestión cuando la norma cuestionada ha sido **ya declarada** no conforme a Derecho ( TS auto 30-10-00, EDJ 67011 ).

En relación con normas ya derogadas, se han seguido distintas soluciones. En algunos casos se ha inadmitido la cuestión ( TS auto 24-4-00, EDJ 31401 ; 8-6-01, EDJ 98920 ). Esto se matiza en relación con aquellas normas que, aunque derogadas pueden seguir desplegando efectos ( TS 14-2-06, EDJ 8470 ).

2) La **falta de condiciones procesales** que determina la inadmisión se refiere a todas las que formal o materialmente condicionan el correcto planteamiento de la misma o aquellas cuya concurrencia es necesaria para que pueda resolverse el fondo de la cuestión ( TS auto 8-6-01, EDJ 98920 ). Así, la cuestión de ilegalidad carece de finalidad cuando el órgano judicial ha desestimado un recurso directo contra la norma cuestionada y se ha manifestado sobre los motivos en que se basa la cuestión ( TS auto 29-4-02, EDJ 126260 ).

3) Con carácter general debe declararse la admisión de la cuestión de ilegalidad cuando no exista certeza de la total **inexistencia de asuntos concretos pendientes** de la aplicación de la norma cuestionada ( AN 28-9-11, EDJ 231733 ).

4) Si la cuestión de ilegalidad fuera de especial **trascendencia para otros procedimientos**, será objeto de tramitación y resolución preferente ( LJCA art.126.4 ).

#### 7185 Contenido del fallo (LJCA art.126.1)

La sentencia puede **estimar o desestimar** total o parcialmente la cuestión de ilegalidad.

Cabe también la **inadmisibilidad** cuando falte algún requisito procesal insubsanable.

### 7187 Efectos

(LJCA art.126.2, 3 y 5)

Es de aplicación para este procedimiento especial lo dispuesto para el **recurso directo contra disposiciones generales** en LJCA art.33.3, 66 , 70 , 71.1.a, 71.2 y 73 .

Una vez firme la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad, el letrado de la Administración de Justicia la debe **comunicar al juez o tribunal** que la planteó.

La sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no afecta a la **situación jurídica concreta** derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que la planteó.

#### Precisiones

El **efecto erga omnes** lo es para las sentencias que anulen una disposición general, no para aquellas que, resolviendo una cuestión de ilegalidad, **declaran su validez**. De este modo, no vincula a otros tribunales que puedan entender, ya de un recurso directo, ya de un recurso indirecto contra la disposición general cuestionada. No hay razón legal para que las resoluciones de un tribunal se impongan a otro de la misma jerarquía en la estructura jurisdiccional (p.e. tribunales superiores de justicia), salvo que la cuestión de ilegalidad se estime, en cuyo caso la **disposición anulada** se expulsa del ordenamiento jurídico. Si la desestimación de la cuestión procede del Tribunal Supremo, tampoco habría ese efecto *erga omnes* propio de las sentencias que anulan la disposición, pero podría producir el óbice para la extensión de los efectos contemplada en LJCA art.110.5.b , pero ello es distinto del requisito de identidad de situación para la extensión de los efectos de sentencia - LJCA art.110.1.a - ( TSJ Aragón 30-4-04, EDJ 141685 ).

### 3. Procedimiento en casos de suspensión administrativa previa de acuerdos

(LJCA art.127)

### 7190 Supuestos

Es un procedimiento previsto para aquellos casos en que, de acuerdo con la legislación aplicable, la suspensión administrativa de **actos o acuerdos de corporaciones o entidades públicas** deba ir seguida de la impugnación o traslado de aquellos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### Precisiones

Este procedimiento resulta especialmente relevante en **materia urbanística**. En este proceso especial solo es objeto de enjuiciamiento el hecho de que los actos de edificación u obras autorizados en la licencia constituyan o no una infracción urbanística grave -tipificada como tal- y manifiesta -advertida o conocida de modo patente, notorio o evidente-. De este modo, la posibilidad de las corporaciones locales de acudir a los procedimientos de lesividad o revisión no impide al alcalde la suspensión de los efectos de una licencia cuando constituya manifiestamente una infracción urbanística grave, para que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre su validez ( TS 16-5-98, EDJ 5184 ; 16-5-97, EDJ 4170 ; 1-2-00, EDJ 982 ). Constituye así un procedimiento tendente a verificar únicamente si el contenido de la licencia constituye o no esa infracción urbanística y, si se aprecia así, el pronunciamiento jurisdiccional termina con la anulación de aquel, sin efectuar declaración alguna de carácter sancionador ( TSJ Madrid 17-9-02, EDJ 65659 ).

### 7191 Interposición

El recurso debe interponerse en el siguiente **plazo**:

- bien en los 10 días siguientes a la fecha en que se hubiera dictado el acto de suspensión;
- bien en el plazo que la legislación de aplicación establezca.

La interposición se realiza, según proceda, mediante **escrito** fundado o dando traslado directo del acuerdo suspendido al órgano judicial. Se debe acompañar, en todo caso, copia del acto de suspensión.

### 7192 Procedimiento

Una vez interpuesto el recurso o trasladado el acuerdo suspendido, el letrado de la Administración de Justicia debe requerir a la corporación o entidad que hubiera dictado el acto para que remita el **expediente administrativo** en el plazo de 10 días, realice las alegaciones que estime oportunas y notifique a los interesados la existencia del procedimiento para que puedan comparecer en el plazo de 10 días.

Recibido el expediente, el letrado de la Administración de Justicia lo pone de manifiesto junto con las actuaciones a los comparecidos, convocándolos para **vista** (esta se celebrará como mínimo a los 10 días de la puesta de manifiesto del expediente).

El órgano judicial puede sustituir motivadamente dicha vista por **alegaciones escritas**; estas se presentarán en el plazo común de 10 días siguientes a la notificación del auto en que se acuerde.

De igual modo, puede abrirse un **periodo de prueba** para mejor proveer por plazo no superior a 15 días.

#### 7193 Contenido del fallo

La sentencia puede anular o confirmar el acto o acuerdo recurrido y debe disponer lo que proceda en cuanto a la suspensión.

#### 4. Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado

(LJCA art.127 bis a 127 quáter)

7195 Este procedimiento especial fue introducido por L 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) y se prevé para **supuestos** en que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la LGUM.

#### 7196 Aspectos de la regulación

<b>Plazo</b> ( LJCA art.127 bis.2 )	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 2 meses (conforme a LJCA art.46.1 a 3 ).</li> <li>• Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico. Cómputo: desde presentación de la solicitud ante la CNMC.</li> </ul>
<b>Legitimación activa</b>	CNMC
<b>Intervención como recurrentes de operadores económicos</b> ( LJCA art.127 ter.7 )	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Regla: durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, como parte recurrente, cualquier operador económico que tuviera interés directo en la anulación del acto, disposición o actuación impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente.</li> <li>• Solicitud del operador: se resuelve por auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de 5 días.</li> <li>• Admitida la intervención, no se retrotraen las actuaciones, pero el interviniente es considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas o las que el propio interviniente formule, si tuviera oportunidad procesal para ello.</li> <li>• Interviniente podrá utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque las consienta la CNMC o las demás partes personadas.</li> </ul>
<b>Regulación supletoria</b> ( LJCA art.127 ter.10 )	Normas generales LJCA.
<b>Otros aspectos procesales</b> ( LJCA art.127 ter.8 y 9 )	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acumulación: la AN (Sala C-A) acordará la acumulación al promovido por la CNMC de todo procedimiento que, iniciado por un operador económico ante el mismo u otro órgano jurisdiccional, se dirija frente a la misma disposición o actuación y se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación conforme a esta LJCA.</li> <li>• A todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente.</li> </ul>

#### 7197 Procedimiento

(LJCA art.127 ter)

1. **Requerimiento urgente del expediente.** El mismo día de la interposición del recurso en garantía de la unidad de mercado, el letrado de la Administración de Justicia requiere con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, con copia del escrito de interposición, para que en el plazo máximo de 5 días (desde la recepción del requerimiento) remita el expediente acompañado de los informes y datos que se soliciten en el recurso -con apercibimiento de cuanto se establece en LJCA art.48 -. La **falta de envío** del expediente administrativo dentro del plazo previsto no suspende el curso de los autos.

2. **Demanda.** Puesta de manifiesto del expediente y demás actuaciones al recurrente para que formalice demanda (con los documentos) en el **plazo** improrrogable de 10 días pueda formalizar la demanda y acompañar los documentos oportunos. Si el expediente administrativo se recibiese una vez formalizada la demanda: concesión de un trámite adicional de alegaciones a las partes.

3. **Contestación a la demanda.** Traslado de la demanda a las partes demandadas para contestación a la demanda (con los documentos). **Plazo** improrrogable: 10 días.

4. **Prueba.** Evacuado el trámite de contestación, el órgano jurisdiccional debe decidir en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba conforme a reglas generales de LJCA (sin perjuicio de lo dispuesto en LJCA art.57 ). El periodo de prueba en ningún caso puede ser superior a 20 días.

#### 5. Sentencia:

a) **Plazo:** 5 días una vez concluidas las actuaciones.

b) **Estimación:** cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder. Implica la corrección de la conducta infractora + resarcimiento de los daños y perjuicios (incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado).

c) Cuando se trata de asuntos en los que no quepa ulterior recurso, el órgano jurisdiccional puede convocar a las partes a una **comparecencia**, que puede ser objeto de grabación, con la finalidad de dictar su **sentencia de viva voz** (potestativo), exponiendo verbalmente los razonamientos en que sustente su decisión, resolviendo sobre los motivos que fundamenten el recurso y la oposición y pronunciando su fallo ( LJCA art.68 a 71 ). La incomparecencia de todas o alguna de las partes no impide el dictado de la sentencia de viva voz.

Si se dicta sentencia oralmente, el letrado de la Administración de Justicia debe expedir, en el plazo máximo de 5 días, **certificación** que recoja todos los pronunciamientos del fallo, con expresa indicación de su firmeza y de la actuación administrativa a que se refiera. Debe ser notificada a las partes y registrada e incorporada al **libro de sentencias** del órgano judicial.

El **soporte videográfico** de la comparecencia queda unido al procedimiento.

#### Precisiones

1) Santamaría Pastor (2013) ha evidenciado los múltiples **problemas** que plantea este procedimiento especial en buena parte de sus aspectos. Sintéticamente:

1. Este procedimiento puede convivir con el dimanante del **recurso contencioso-administrativo** que cualquier operador económico puede interponer contra actuaciones que lesionen sus derechos o intereses. Esto plantea infinidad de incógnitas y situaciones para las que la ley no tiene una solución clara.

2. La **celeridad** como rasgo característico del procedimiento no se coherente con la dificultad de los supuestos de hecho para los que se concibe ni con lo complejo de algunos trámites.

3. La **regulación** del procedimiento resulta **confusa** en algunos puntos (p.e. legitimación) y se inspira en un modelo (el de protección de los derechos fundamentales) desaconsejable para estos casos.

2) En materia de **grabación** de la comparecencia y su documentación es de aplicación la LJCA art.63 (nº 7102 ).

#### 7198 Medidas cautelares

(LJCA art.127 quáter)

En el **escrito de interposición** la CNMC puede solicitar la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, y cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia (estas últimas se tramitan conforme a LJCA art.129 a 136 ).

La **suspensión** es automática una vez admitido el recurso y no exige afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquiera naturaleza que pudieran derivarse.

La Administración demandada puede solicitar el **levantamiento** de la suspensión en el **plazo** de 3 meses desde su adopción. Para ello debe acreditar que el mantenimiento de la suspensión puede ocasionar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. De la solicitud se da traslado a la CNMC para que, en el plazo de 10 días, alegue lo procedente en orden al mantenimiento o el levantamiento de la suspensión en orden a los intereses en conflicto.

El procedimiento finaliza mediante **auto** del tribunal dictado en los 5 días siguientes al trámite anterior.

#### Precisiones

Se ha declarado **inconstitucional** la previsión sobre la suspensión ( LJCA art.127 quáter.2 ) en su aplicación a actos o disposiciones autonómicas (TCO 79/2017).

#### 5. Procedimiento para la declaración judicial de extinción de partidos políticos

**7199** Se rige por lo dispuesto para el procedimiento abreviado en LJCA art.78 (nº 7145 s. ), con las siguientes **especialidades**:

- a) **Demanda**: debe especificar el motivo o motivos en que se fundamenta la petición de declaración judicial de extinción ( LO 6/2002 art.12 bis.1 ).
- b) **Plazo** para la presentación de la demanda: dos meses a partir del día siguiente al vencimiento del plazo señalado en LO 6/2002 art.12 bis.2 .
- c) Cuando la **sentencia** declare la extinción del partido, será notificada al registro para que este proceda a la cancelación de la inscripción.

El **Ministerio Fiscal** es parte del proceso.

| SECCIÓN 14

## Recursos

<b>7200</b>	1. Recurso de reposición	7205
	2. Recurso de apelación	7215
	3. Recurso ordinario de apelación	7220
	4. Recurso de casación	7235
	5. Revisión de sentencias	7280
	6. Recursos contra las resoluciones del letrado de la Administración de Justicia	7290

**7202** Los recursos en el proceso contencioso-administrativo son **medios de impugnación** susceptibles de articularse frente a las resoluciones judiciales dictadas por órganos de este orden jurisdiccional.

### Precisiones

Para un **estudio detallado** de los recursos en la jurisdicción contencioso-administrativa, ver nº 4300 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Administrativo-Contencioso Administrativo.

#### 1. Recurso de reposición

(LJCA art.79)

**7205** Se trata de un recurso ordinario dotado de una escueta regulación legal. Se corresponde con el anteriormente denominado recurso de súplica (suprimido por la L 13/2009 , de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial).

#### 7207 Objeto

Puede interponerse **contra providencias y autos** no susceptibles de apelación o casación.

Este recurso **no se admite**:

- contra los autos que resuelvan recursos de reposición y de aclaración;
- contra las resoluciones expresamente exceptuadas en la Ley.

Su interposición **no** comporta la **suspensión** de la resolución impugnada, salvo que el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario.

### Precisiones

La LJCA contiene diversas **remisiones** a este recurso: contra las resoluciones sobre acumulación, ampliación y tramitación preferente ( LJCA art.39 ); contra los autos en los que se acuerde la imposición de multas -falta de remisión del expediente por parte de la Administración- ( LJCA art.48.8 ); contra resoluciones del juez sobre denegación de

pruebas o sobre admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales ( LJCA art.78.17 ); preparación del recurso de casación contra autos ( LJCA art.87.3 ).

#### 7209 Plazo

Se debe interponer en el plazo de 5 días desde el día siguiente a la **notificación de la resolución** impugnada.

#### Precisiones

La inadmisión del recurso de súplica (actual recurso de reposición) por presentación del escrito de interposición un día después del **vencimiento del plazo** de 5 días vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso legal y desconoce el derecho de la recurrente a disponer del plazo en su totalidad ( TCo 222/2003 ; 198/2007 ).

#### 7210 Competencia y procedimiento

Conoce **el mismo órgano judicial** que dictó la resolución recurrida.

Interpuesto el recurso, el letrado de la Administración de Justicia da **traslado de las copias** del escrito a las demás partes para que, en el plazo común de 5 días, puedan impugnarlo si lo estiman conveniente.

Transcurrido el plazo anterior, el órgano judicial resuelve por **auto**, dentro del tercer día.

### 2. Recurso de apelación

(LJCA art.80)

7215 Este recurso cabe **contra autos** dictados por los juzgados contencioso-administrativos y los juzgados centrales contencioso-administrativos, en procesos de los que conozcan en **primera instancia**, en los siguientes casos:

- los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares;
- los recaídos en ejecución de sentencia;
- los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación;
- los recaídos sobre las autorizaciones previstas en LJCA art.8.6, 9.2 y 122 bis ;
- los recaídos en aplicación de LJCA art.83 y 84 .

En los supuestos de **extensión de efectos** de las sentencias ( LJCA art.110 y 111 ), se aplica el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende.

Opera en un solo efecto. Se tramita conforme a las **reglas** del recurso ordinario de apelación contra sentencias (nº 7229 ).

### 3. Recurso ordinario de apelación

#### 7220 Objeto

(LJCA art.81)

Puede interponerse recurso ordinario de apelación contra:

**a)** Sentencias de los **juzgados contencioso-administrativos o juzgados centrales contencioso-administrativos**, salvo en los siguientes asuntos:

- aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros;
- los relativos a materia electoral comprendidos en LJCA art.8.4 .

**b)** En todo caso, las **sentencias** siguientes:

- las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de asuntos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros;
- las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona;
- las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas;
- las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

#### 7222

1) Ante las dudas interpretativas suscitadas de la combinación de LJCA art.81.1.a y 81.2.a , se entiende que las **sentencias de los juzgados contencioso-administrativos** que declaren la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo son susceptibles de apelación cualquiera que sea su cuantía, salvo las relativas a materia electoral de LJCA art.85 ( TS 16-5-11, EDJ 96093 ).

2) La **fijación de la cuantía** puede efectuarse en cualquier momento por el órgano jurisdiccional, incluso de oficio, puesto que es una materia de orden público, máxime cuando determina la procedencia o improcedencia de un recurso de apelación ya que no puede dejarse al arbitrio de quien pretende el acceso a la apelación alterar el régimen legal de recursos sin un minucioso control del juzgador ( TSJ Andalucía 31-10-11, EDJ 322242 ).

3) Ni la **consignación de una cifra superior** a esta cantidad en el auto por el que se fija la cuantía, ni la mención de la posibilidad de apelación en la sentencia, vincula al órgano judicial competente para la apelación en cuanto a la fijación de la cuantía de la *litis* a efectos de admisibilidad de la apelación. Es preciso distinguir entre cuantía del recurso (fijada conforme a LJCA art.41 ) y cuantía a efectos de la admisibilidad de la apelación ( TSJ Andalucía 31-10-11, EDJ 322242 ).

4) La tácita aceptación por las partes y por el órgano judicial de primera instancia de la **cuantía indeterminada** del asunto no vincula al tribunal competente para conocer de la apelación, que tiene en la cuantía del proceso uno de los requisitos procesales de admisibilidad ( TCo 74/2003 ).

5) Se ha considerado **arbitrario** el auto que se limita a declarar la inadmisión del recurso de apelación por razón de la cuantía sin previa audiencia de las partes, ni motivación que permita conocer los datos que se tomaron en consideración ni el razonamiento en que se basó la decisión ( TCo 74/2003 ).

6) Sobre un caso de inadmisión por razón de cuantía en casos de **declaración de IVA**, ver TS 13-6-12, EDJ 118230 .

7224 **Legitimación**  
(LJCA art.82)

Pueden interponer este recurso quienes se encuentren legitimados como parte **demandante o demandada** (nº 6885 s. ).

7225 **Efectos**  
(LJCA art.83 y 84 )

El recurso ordinario de apelación se admite en **ambos efectos** salvo que la LJCA establezca otra cosa. Sin perjuicio de ello, el juez en cualquier momento y a instancia de la parte interesada, puede adoptar las **medidas cautelares** necesarias para asegurar la ejecución de sentencia (nº 7360 ).

La interposición de este recurso de apelación no impide la **ejecución provisional** de la sentencia recurrida. Para ello, las partes favorecidas por la sentencia pueden instar dicha ejecución provisional. El juez debe resolver sobre la misma, previa audiencia de las demás partes (por plazo común de 5 días) en el término de los 5 días siguientes. En cuanto a esta ejecución provisional:

a) En caso de que de esta pudieran derivar perjuicios de cualquier naturaleza, pueden acordarse las medidas adecuadas para evitar o paliar aquellos, pudiendo exigirse **caución o garantía** -en este supuesto la ejecución provisional no se llevará a cabo hasta que no se constituya y quede acreditada en autos su constitución ( LJCA art.133.2 )-.

b) Si insta la ejecución provisional una **Administración pública**, está exenta de prestar caución.

c) No se acordará la ejecución provisional cuando sea susceptible de producir **situaciones irreversibles** o perjuicios de imposible reparación.

7227

La jurisprudencia ( TSJ País Vasco 5-9-11, EDJ 369044 ; 22-9-11, EDJ 369040 ) ha entendido que compete al **órgano judicial de primera instancia**:

- la identificación de los hechos requeridos de prueba;
  - la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes; y
  - la valoración de la prueba practicada en el proceso de la que resulte la relación de los hechos declarados probados.
- Por su parte, el **tribunal de apelación** es competente para abordar y revisar:

a) Las decisiones del órgano judicial de instancia sobre la denegación del **recibimiento del proceso a prueba**, o sobre la improcedencia o inutilidad de los medios de prueba propuestos o sobre su indebida práctica en la primera instancia.

- b)** Las apreciaciones fácticas fundadas en la vulneración de las reglas que rigen el **reparto de la carga de la prueba**.
- c)** Las **valoraciones y apreciaciones probatorias** que se obtengan con infracción de las normas que regulan los distintos medios de prueba o que se hayan realizado de modo arbitrario o irrazonable o que conduzcan a resultados inverosímiles.
- d)** Las anteriores infracciones cuando se cometen en los **dictámenes periciales, documentos o informes** aportados al proceso que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a esta.
- e)** La omisión en la sentencia dictada en la instancia sobre la **acreditación de hechos controvertidos**, cuya admisión como hechos probados resulte determinante del sentido del fallo dictado en la sentencia apelada.

**7229 Procedimiento**  
(LJCA art.85)

Se expone en el cuadro siguiente:

<b>RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN</b>			
<b>Interposición</b>	Ante el juzgado que hubiera dictado sentencia <b>Plazo:</b> 15 días siguientes a la notificación de la sentencia (caso de no interponerse: el letrado de la Administración de Justicia declarará la firmeza de la sentencia)		
<b>Admisión del recurso</b>	del	Cuando el escrito cumple los requisitos y se refiere a una sentencia susceptible de apelación	<b>Inadmisión</b>
		Contra la resolución del letrado de la Administración de Justicia admitiendo el recurso no cabe recurso	Por medio de auto  Posible recurso de queja
		Traslado a las demás partes para que puedan formalizar oposición en plazo común de 15 días	
<b>Recibimiento del pleito a prueba</b>	En los escritos de interposición y oposición para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables		
Posibilidad de que la apelada	Alegue indebida admisión de la apelación	Vista al apelante por 5 días de esta alegación	
	Se adhiera a la apelación razonando los puntos en que le es perjudicial la sentencia	Traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de 10 días (al solo efecto de oponerse a la adhesión)	
<b>Remisión de los autos, expediente administrativo y escritos presentados:</b>	Se ordena el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días ante la sala de lo contencioso-administrativo competente, que resolverá sobre la admisión del recurso (si se ha discutido) o sobre el recibimiento a prueba (en cuyo caso, se citará a las partes para su práctica)		
<b>Vista o presentación de conclusiones:</b>	Cuando lo soliciten todas las partes, o si se ha practicado prueba, o cuando la sala lo estime necesario, atendida la índole del asunto		
<b>Sentencia</b>	<b>Plazo:</b> 10 días desde la declaración del pleito concluso para sentencia Si se revoca sentencia impugnada que hubiera declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, se resolverá sobre el fondo del asunto		

**4. Recurso de casación**

<b>7235</b>	a. Objeto	7236
	b. Motivos	7240
	c. Pretensiones y previsiones adicionales	7243



## a. Objeto

7236 Sentencias  
(LJCA art.86)

Puede interponerse recurso de casación ordinario ante el Tribunal Supremo **contra**:

**a)** Sentencias dictadas en única instancia por los **juzgados de lo contencioso-administrativo**: solo cuando contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos ( LJCA art.110 )

**b)** Sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala Contencioso-Administrativa de la **Audiencia Nacional** y por las salas de lo contencioso-administrativo de los **tribunales superiores de justicia** (respecto de estas, ver apartado c).

**Se exceptúan** las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión ( LJCA art.122 ) y en los procesos contencioso-electorales ( LJCA art.86.2 ).

**c)** Sentencias que, siendo susceptibles de casación por los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los **tribunales superiores de justicia**: solo recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo:

- que sea relevante y determinante del fallo recurrido; y

- siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora.

Si el recurso se funda en **infracción de normas autonómicas**, la competencia corresponde a una sección de la sala de lo contencioso-administrativo que tenga su sede en el tribunal superior de justicia, compuesta por el presidente de dicha sala de lo contencioso-administrativo, el presidente o presidentes de las demás salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las secciones de las mismas (número no superior a 2) y por los magistrados de la referida sala o salas hasta completar un total de 5 miembros. Si la sala o salas tienen más de una sección, se establece el turno correspondiente por la sala de gobierno del tribunal superior de justicia.

**d)** Resoluciones del **Tribunal de Cuentas** en materia de responsabilidad contable (en los casos establecidos en su ley de funcionamiento - LO 2/1982 -).

## 7237

## Precisiones

**1)** Sobre **pérdida sobrevenida del objeto** del recurso de casación, ver TS 21-12-12, EDJ 294593 ; 24-1-13, EDJ 3209 ; 18-1-13, EDJ 3213 ; 14-1-13, EDJ 1161 ; 14-1-13, EDJ 1162 ; 14-1-13, EDJ 1728 ; 11-1-13, EDJ 1507 .

**2)** El recurso de casación **no es una segunda instancia** en la que puedan reproducirse sin limitación alguna la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos planteados ante el órgano judicial *a quo* ( TS 27-11-12, EDJ 270187 ; 24-9-12, EDJ 212374 ; EDJ 212376 ).

**3)** En relación con el **recurso de casación por infracción de las normas emanadas de las comunidades autónomas**, el vacío de regulación ha propiciado distintos criterios judiciales, y plantea problemas de admisibilidad respecto de sentencias dictadas en única instancia por el pleno de la sala de lo contencioso-administrativo en tribunales superiores de justicia donde esta sala es única, puesto que la LJCA art.86.3 está pensando en tribunales superiores de justicia con varias salas o varias secciones dentro de la misma sala ( TCo 41/2018 ). Sobre esta cuestión, ver también Quintana Carretero .

**4)** La **doctrina jurisprudencial** sobre el nuevo recurso de casación es exhaustivamente tratada por ESCRIBANO TESTAUT, 2018.

**5)** La referencia del apartado a) a la **extensión de los efectos de las sentencias**, remite a LJCA art.110 y 111 ( TS autos 26-4-17, EDJ 59557 ; 13-11-17, EDJ 237101 ). Precisamente este requisito impide que puedan ser susceptibles de casación por este supuesto las sentencias desestimatorias que, por definición, no pueden extender sus efectos ( TS auto 22-3-17, EDJ 45049 ). También en este supuesto: no compete al juzgado de instancia valorar si concurre el interés casacional o si la sentencia contiene doctrina gravemente dañosa para los intereses generales ( TS auto 28-2-17, EDJ 20726 ).

**6)** Sobre el recurso de casación en relación con las **resoluciones del Tribunal de Cuentas**: TS auto 31-5-17, EDJ 140479 .

## 7239 Autos

Son susceptibles de recurso de casación los autos dictados por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional y las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia que versen sobre los **asuntos** siguientes:

1. Los que declaren la **inadmisión** del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
2. Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras **medidas cautelares**.
3. Los recaídos en **ejecución de sentencia**, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquella o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta ( TS 3-6-11, EDJ 103495 ; 27-1-12, EDJ 7179 ).
4. Los dictados en el caso de **ejecución provisional** de sentencia recurrida en casación ( LJCA art.91 ).
5. En todo caso, los autos dictados en aplicación de LJCA art.110 y 111 (**extensión de efectos** de sentencia)

**Se exceptúan** ( LJCA art.86.2 y 3 ):

- las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales; y

- las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora.

Es **requisito necesario** para preparar recurso de casación contra autos la interposición previa de recurso de reposición (nº 7205 ).

#### Precisiones

Téngase en cuenta que los autos que declaran la inejecutabilidad de una sentencia por **imposibilidad material o legal** ( LJCA art.105 ) son susceptibles de ser impugnados en la vía casacional atípica, ya que no hay resolución que contradiga más lo decidido en sentencia que aquella que la declara inejecutable ( TS 26-3-08, EDJ 31100 ; 28-5-08, EDJ 103391 ; 7-10-08, EDJ 178522 ; 29-9-11, EDJ 229773 ).

#### b. Motivos

(LJCA art.88)

**7240** Posiblemente la característica más relevante del recurso de casación consiste en la necesidad de que el mismo se funde en determinados motivos, a saber:

La idea matriz del recurso pasa a ser la existencia de «**interés casacional objetivo**». De este modo, el recurso de casación puede ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico (sea procesal, sustantiva o de la jurisprudencia) la Sala del Tribunal Supremo estime que aquel presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Desde la imprecisión de dicha noción se distinguen los siguientes **supuestos**:

1. **Puede apreciarse** interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión cuando, entre otras **circunstancias**, la resolución que se impugna ( LJCA art.88.2 ).
  - a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las **normas de Derecho estatal o de la Unión Europea** en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.
  - b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los **intereses generales**.
  - c) Afecte a un **gran número de situaciones**, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.
  - d) Resuelva un debate que haya versado sobre la **validez constitucional** de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.
  - e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una **doctrina constitucional**.
  - f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en **contradicción** aparente con la **jurisprudencia del Tribunal de Justicia** o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de este a título prejudicial.
  - g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una **disposición de carácter general**.

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un **convenio** celebrado entre Administraciones públicas.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de **protección de derechos fundamentales**.

**2. Se presume** interés casacional objetivo ( LJCA art.88.3 ):

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que **no exista jurisprudencia**.

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la **jurisprudencia existente** al considerarla errónea.

c) Cuando la sentencia recurrida declare la nulidad de una **disposición de carácter general**, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los **organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales** cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los **Gobiernos o Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas**.

En los supuestos a), d) y e) **puede inadmitirse** el recurso por auto motivado cuando el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia

7242

#### Precisiones

RAZQUIN LIZARRAGA (2016, 175) subraya que la reforma responde al «paradigma del cumplimiento de su finalidad nomofiláctica primordialmente para la formación y uniformidad de la jurisprudencia». Sin duda la nueva regulación plantea infinidad de incógnitas que solo la práctica podrá ir despejando. Se ha subrayado la imprecisión que encierra el llamado **interés casacional objetivo**, solo delimitado con cierta claridad en el apartado 3, que contempla los supuestos en que se presume (aunque con excepciones posibles para algunos de ellos). Ello puede comportar un incremento en el número de escritos de preparación del recurso, aunque, de igual modo, se sospecha que la ampliación de la discrecionalidad en la admisión va a comportar un incremento de las inadmisiones. Sobre la nueva regulación del recurso de casación, LOZANO CUTANDA, 2015; TRIANA LEYES, 2016; FERNÁNDEZ FARRERES, 2015; CANCIO FERNÁNDEZ, 2015; CÓRDOBA CASTROVERDE, 2015 .

Un examen pormenorizado de la **doctrina jurisprudencial hasta enero de 2018**, puede consultarse en: ESCRIBANO TESTAUT, 2018: <http://www.poderjudicial.es>

Sobre el nuevo recurso de casación, la jurisprudencia vertida hasta el momento -incluyendo, además, un estudio de Derecho comparado-, es obra de referencia obligada: NÚÑEZ JIMÉNEZ y PÉREZ GARCÍA, 2017.

Por lo demás, parte de la **jurisprudencia** vertida en relación con la **regulación anterior** puede servir para la nueva configuración del recurso de casación. Así:

**a)** La casación **no es un recurso ordinario** que permita un nuevo y total examen de la controversia desde los prismas fácticos y jurídicos. Se trata de un medio de impugnación que solo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho (sustantivo y procesal) realizada por el tribunal *a quo*, resuelve el concreto caso controvertido. De ahí la importancia de exponer las razones -requisito esencial de la casación- que justifican la intervención del órgano de casación y que se exteriorizan en el escrito de interposición del recurso. No debe olvidarse que el recurso de casación se dirige **contra la sentencia** y no frente al acto administrativo revisado en ella, que constituye el objeto del proceso de instancia ( TS 14-12-00, Rec 7410/95 ; 11-11-04, Rec 6211/01 ; 21-1-2013, EDJ 4189 ; TS auto 10-12-09, Rec 1342/04 ; 10-12-09, Rec 1348/09 ; 8-4-10, Rec 3228/09 ; 2-11-10, Rec 3548/07 ).

En este punto se subraya que el recurso de casación no es un cauce para plantear **cuestiones interpretativas del ordenamiento jurídico en abstracto** y desligadas de las circunstancias del caso planteado ( TS auto 1-6-17, EDJ 93165 ).

**b)** Para que el recurso de casación sea admisible es preciso que exista una correlación entre el motivo o **motivos** que sirven de fundamento al recurso y el **desarrollo argumental** desplegado en apoyo de los mismos, de tal modo que cuando no es así -la argumentación jurídica desarrollando el motivo es ajena al motivo casacional- concurre causa de inadmisión - LJCA art.93.2.d - ( TS 18-1-13, EDJ 4604 ).

**c)** El motivo de LJCA art.88.1.a es idóneo para denunciar los **errores «in iudicando»** de que pueda adolecer la resolución recurrida. El señalado en LJCA art.88.1.c es idóneo para hacer valer el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, esto es, **errores «in procedendo»** en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional *a quo* desde la iniciación del proceso hasta su finalización por auto o sentencia, sobre todo cuando en la formación de estos se desatienden normas esenciales establecidas al efecto -motivación, congruencia, claridad, precisión- y siempre que tales vicios generen indefensión al recurrente ( TS 18-1-13, EDJ 4604 ; TS auto 4-5-17, EDJ 66292 ).

**d)** Cuando se invoca la **infracción de la jurisprudencia** debe constatarse la identidad o semejanza esencial de los casos resueltos por las sentencias, no bastando meras declaraciones generales ( TS 23-10-12, EDJ 232725 ).

**e)** Sobre el **carácter abierto** de los supuestos de LJCA art.88.2 : TS auto 15-3-17, EDJ 23526 .

**f)** Es **carga procesal del recurrente** desarrollar de manera suficiente el motivo del recurso y el razonamiento desplegado en apoyo del mismo, sin que corresponda al tribunal actuar de oficio sustituyendo las deficiencias procesales de los recurrentes ( TS 11-6-12, EDJ 124008 ; 18-12-12, EDJ 294589 ).

El Tribunal Supremo ha precisado las **exigencias del escrito de preparación**, de modo que debe elaborarse «en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de que tratan», siendo carga de la parte recurrente cumplimentar en dicho escrito, con la debida separación formal y conceptual, todos los apartados que el precepto detalla. Se subraya que el “especialmente” contenido en el apartado 2.f) exige que se justifique con singular énfasis la concurrencia de «alguno o algunos» de los **supuestos de interés casacional** de LJCA art.88, apartados 2º y 3º. No obstante, se permite exceptuar de forma casuística el rigor de esta regla en la medida que, valorando singularizadamente la sistemática y contenido del escrito de preparación concernido, se aprecie con toda evidencia -esto es, de forma inmediata y sin margen para la duda-, que la indicación «especialmente», aun no habiéndose precisado con la necesaria separación formal, puede, con todo, considerarse hecha, a tenor de lo manifestado en otros apartados del propio escrito de preparación ( TS auto 28-2-17, EDJ 280713 ).

**g)** Los motivos deben formularse **en relación con la sentencia** no con la resolución administrativa, lo cual ya justifica la inadmisión ( TS 20-12-12, EDJ 303123 ).

**h)** Es jurisprudencia consolidada la de que han de respetarse los **hechos de la resolución recurrida**, siendo inadmisibles las casaciones cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, ya que la sala de casación debe atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sala de instancia, salvo que se denuncie, precisamente, la infracción de las normas sobre valoración de la prueba por haberse procedido de manera ilógica, irracional o arbitraria ( TS 18-7-12, EDJ 161231 ).

### c. Pretensiones y previsiones adicionales

(LJCA art.87 bis)

**7243** El recurso de casación se limita a **cuestiones** de derecho, excluyendo las cuestiones de hecho. Ello sin perjuicio, de la posibilidad de integrar en la sentencia hechos probados pero omitidos en la sentencia de instancia prevista en LJCA art.93.3 .

Las **pretensiones posibles** son:

- la anulación total o parcial de la sentencia o auto impugnado;
- en su caso, la devolución de los autos al tribunal de instancia; o
- la resolución del litigio por la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo dentro de los términos en que se plantea el debate.

Por acuerdo -publicado en BOE- la sala de gobierno puede determinar la **extensión máxima y otras condiciones** extrínsecas (incluida la presentación por medios telemáticos), de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación. En este punto en mayo de 2016 se ha adoptado un “Acuerdo sobre extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera” que, entre otras, concreta la extensión máxima de los escritos de interposición y contestación -50.000 caracteres con espacios (equivale a 25 folios)- el formato del documento, tipo de letra, estructura y contenido.

### d. Procedimiento

(LJCA art.89 a 93 )

**7245** El procedimiento del recurso de casación se desarrolla en el esquema posterior.

<b>PREPARACIÓN Y EJECUCIÓN PROVISIONAL</b>	
<b>Preparación del recurso</b> ( LJCA art.89 )	- Ante la sala que hubiera dictado la resolución recurrida. - <b>Legitimación:</b> Quienes hayan sido parte en el proceso o debieran haberlo sido. - <b>Plazo:</b> 30 días desde el día siguiente a la notificación de aquella. - <b>Presentación extemporánea:</b> sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión solo cabe el recurso directo de revisión regulado en LJCA art.102 .
<b>Ejecución provisional</b> ( LJCA art.91 )	- La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida. - Las <b>partes</b> favorecidas por la sentencia pueden instar su ejecución provisional.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando de esta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, pueden acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente puede exigirse la presentación de <b>caución o garantía</b> para responder de aquellos (constitución de caución conforme a LJCA art.133.2 ).</li> <li>- No puede llevarse a efecto la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.</li> <li>- <b>Denegación</b> de la ejecución provisional: cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.</li> <li>- Cuando se tenga por preparado un recurso de casación, el letrado de la Administración de Justicia dejara <b>testimonio</b> bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos previstos en este artículo.</li> </ul>
<b>Escrito de preparación</b> ( LJCA art.89.2 )	<p>En apartados separados encabezados con el epígrafe correspondiente a su <b>contenido</b>. Debe:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>a)</b> Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados sobre el plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna.</li> <li><b>b)</b> Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la sala de instancia, o que esta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas.</li> <li><b>c)</b> Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello.</li> <li><b>d)</b> Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.</li> <li><b>e)</b> Justificar, en el caso de que esta hubiera sido dictada por la sala de lo contencioso-administrativo de un tribunal superior de justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.</li> <li><b>f)</b> Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, conforme a LJCA art.88.2 y 3, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.</li> </ul>
<b>Incumplimiento de requisitos</b> ( LJCA art.89.4 )	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mediante <b>auto motivado</b> la sala de instancia tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al TS.</li> <li>- Contra este auto únicamente puede interponerse <b>recurso de queja</b>, que se sustancia en la forma establecida por la LEC (nº 5390 ).</li> </ul>
<b>Cumplimiento de los requisitos</b> ( LJCA art.89.5 )	<p>Mediante <b>auto</b> en el que se motivará suficientemente su concurrencia, la sala de instancia tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>a) Emplazamiento</b> de las partes para su comparecencia dentro del plazo de 30 días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.</li> <li><b>b) Remisión al Tribunal Supremo</b> de los autos originales y del expediente administrativo. Si lo entiende oportuno, emitirá <b>opinión sucinta y fundada</b> sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia (que unirá al oficio de remisión). Contra el auto en que se tenga por preparado el <b>recurso de casación</b>, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el TS, si lo hiciere dentro del término del emplazamiento ( LJCA art.89.6 ).</li> </ul>
<b>Audiencia a las partes</b> ( LJCA art.90.1 )	<p>Recibidos los autos originales y el expediente administrativo, la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ( LJCA art.90.2 ) puede acordar, excepcionalmente y solo si las características del asunto lo aconsejan, oír a las partes personadas acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. <b>Plazo</b> común de 30 días.</p>
<b>ADMISIÓN O INADMISIÓN A TRÁMITE</b>	
<b>Competencia</b> ( LJCA art.90.2 )	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La admisión o inadmisión a trámite del recurso será decidida por una <b>Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo</b>. Composición: presidente de la sala + al menos un Magistrado de cada una de sus restantes Secciones.</li> <li>- <b>Renovación</b> por mitad transcurrido un año desde la fecha de su primera constitución y en lo sucesivo cada 6 meses, mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que determinará sus integrantes para cada uno de los citados periodos (publicación en la Web del poder judicial). <b>Excepción:</b> presidente de la sala.</li> </ul>
<b>Forma de resolución sobre la admisión o</b>	<p>a) Supuestos de LJCA art.88.2 en los que <b>se aprecia interés casacional objetivo</b> para la formación de jurisprudencia:</p>

<b>inadmisión a trámite</b> ( LJCA art.90.3 )	- <b>Providencia:</b> si decide inadmisión. - <b>Auto:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si acuerda admisión a trámite.</li> <li>• Inadmisión en el caso de que el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé la LJCA art.89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso.</li> </ul> b) Supuestos de LJCA art.88.3 ( <b>presunción de existencia de interés casacional objetivo</b> ): por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquel se establecen.
<b>Autos de admisión</b> ( LJCA art.90.4 y 7 )	- <b>Contenido:</b> precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación (sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso)  - <b>Publicación</b> en la Web del Tribunal Supremo (con periodicidad semestral, publicidad en en la Web y en el BOE del listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución)
<b>Providencias de inadmisión</b> ( LJCA art.90.4 y 8 )	Únicamente <b>indican</b> si el en el recurso de casación concurre alguna de estas <b>circunstancias</b> : <ul style="list-style-type: none"> <li><b>a)</b> Ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada.</li> <li><b>b)</b> Incumplimiento de cualquiera de las exigencias que LJCA art.89.2 impone para el escrito de preparación.</li> <li><b>c)</b> No ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas.</li> <li><b>d)</b> Carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Comporta la imposición de <b>costas</b> a la parte recurrente (puede limitarse a una parte de ellas o hasta una cifra máxima)</li> </ul>

#### Reglas comunes

1. Contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabe **recurso** alguno ( LJCA art.90 .5).
2. Letrado de la Administración de Justicia de sala: comunicará inmediatamente a la sala de instancia la **decisión de admisión o inadmisión**, le devolverá las actuaciones procesales y el expediente administrativo recibidos.
3. **Diligencia de ordenación** del letrado de la Administración de Justicia de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.
4. Dispone la **remisión** de las **actuaciones** a la Sección de competente para su tramitación y decisión.
5. Traslado a la parte recurrente para que en el plazo de 30 días desde la notificación de la diligencia de ordenación presente el escrito de interposición del **recurso de casación**. Durante este plazo, las actuaciones procesales y el expediente administrativo estarán de manifiesto en la Oficina judicial.
6. Transcurso del plazo **sin presentar escrito de interposición**:
  - a) El letrado de la Administración de Justicia declara desierto el recurso, ordenando la devolución de las actuaciones recibidas a la sala de que procedieran.
  - b) Contra la declaración de desierto solo pueden interponerse los recursos de LJCA art.102 bis (recurso de reposición y recurso directo de revisión).**Contenido.** Debe (en apartados separados que se encabezarán con el correspondiente epígrafe expresivo del contenido):
  - a) Exponer razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces, debiendo analizar (y no solo citar) las sentencias del Tribunal Supremo que a juicio de la parte son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso; y
  - b) Precisar el sentido de las pretensiones y de los pronunciamientos que solicita.
7. **Incumplimiento de los requisitos:** la Sección competente para la resolución del recurso acordará oír a la parte recurrente sobre el incumplimiento detectado y, sin más trámites, dictará sentencia inadmitiéndolo si entendiera tras la audiencia que el incumplimiento fue cierto. Con imposición de las costas causadas (puede ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima)
8. **Cumplimiento de los requisitos:** traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que puedan oponerse al recurso en el plazo común de 30 días. Durante este plazo estarán de manifiesto las actuaciones procesales y el expediente administrativo en la Oficina judicial.  
Límite: en el escrito de oposición no puede pretenderse la inadmisión del recurso.
9. Transcurso del plazo y se hayan presentado o no los **escritos de oposición**:

## Reglas comunes

- Se acordará la celebración de **vista pública** (de oficio o a petición de cualquiera de las partes formulada por otrosí).
- **Excepción:** que se entendiera que la índole del asunto la hace innecesaria (en este caso declarará que el recurso queda concluso y pendiente de votación y fallo)
- El señalamiento del día en que haya de celebrarse la vista o en que haya de tener lugar el acto de votación y fallo respetará la programación que, atendiendo prioritariamente al criterio de mayor antigüedad del recurso, se haya podido establecer.
- Cuando la índole del asunto lo aconsejara, el presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (de oficio o a petición de la mayoría de los Magistrados de la Sección competente) puede acordar que los actos de vista pública o de votación y fallo tengan lugar ante el Pleno de la Sala.

### 10. Sentencia:

- a) **Plazo:** 10 días desde que desde que termine la deliberación para votación y fallo.
- b) Fija la **interpretación** de aquellas **normas** estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo.
- c) Resuelve las **cuestiones y pretensiones** deducidas en el proceso.
- d) Posibles **fallos:**
  - anulación de la sentencia o auto recurrido (estimación total o parcialmente);
  - confirmación del fallo (desestimación del recurso); o
  - retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación

**11. Apreciación de incompetencia** del orden contencioso-administrativo o del órgano judicial de instancia: anulación de la resolución recurrida e indicación del concreto orden jurisdiccional que se estima competente (a los efectos de LJCA art.5.3) o remitirá las actuaciones al órgano judicial que hubiera debido conocer el caso.

**12.** Posibilidad de que en la resolución de la controversia jurídica objeto del proceso el Tribunal Supremo integre en los **hechos** admitidos como **probados** por la sala de instancia aquellos omitidos por esta, que estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder.

### 13. Costas procesales:

- a) Costas de la instancia: conforme a LJCA art.139.1 .
- b) Costas del recurso de casación: dispondrá que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Puede imponerlas a una de las partes cuando la sentencia aprecie, y así lo motive, que ha actuado con mala fe o temeridad (puede limitarse a una parte de ellas o hasta una cifra máxima).

## Precisiones

1) Sobre la **preparación simultánea o sucesiva** del recurso de casación estatal y autonómico: TS auto 17-7-17, EDJ 188458 .

2) No puede invocarse que el escrito de preparación cumple con los **requisitos de la LEC**, siendo de aplicación la LJCA: TS autos 22-3-17, EDJ 45046 ; 8-5-17, EDJ 66289 ).

## 5. Revisión de sentencias

(LJCA art.102)

### 7280 Objeto y supuestos

La jurisprudencia subraya que este recurso tiene naturaleza no ya extraordinaria, sino **excepcional**, ya que comporta una desviación de las normas generales, pudiendo llegar a dejar sin efecto la cosa juzgada de la sentencia recurrida ( TS 21-9-02, EDJ 35994 ).

Por ello su aplicación ha de ceñirse a los supuestos legales y estos deben ser **interpretados restrictivamente** (imposibilidad en todo caso de aplicación analógica). No se configura en modo alguno como una tercera instancia, por lo que a través del mismo no procede una nueva valoración de la prueba, ni resolver de nuevo la cuestión de fondo de la sentencia recurrida ( TS 3-5-18, EDJ 64824 ).

**7282** Procede la revisión en caso de sentencias firmes y siempre que se incurra en alguno de los **supuestos** siguientes:

1. Si, después de pronunciada la sentencia, se recobran **documentos** decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por la parte favorecida por la sentencia.

La doctrina jurisprudencial sobre este supuesto exige ( TS 10-12-03, EDJ 202054 ):

a) Que los documentos hayan sido **recobrados con posterioridad** al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso.

b) Que tales documentos sean **anteriores a la fecha de la sentencia** firme objeto de la revisión, no pudiendo ser aportados por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme, circunstancias que deben quedar plenamente acreditadas por el recurrente en revisión (indisponibilidad anterior a la sentencia impugnada y disponibilidad al tiempo de la revisión).

Esta referencia a los documentos lo es a su soporte material (papeles, archivos...) no a los datos contenidos en ellos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba.

c) Que los documentos sean **decisivos para resolver la controversia**, de modo que a través de una apreciación provisional pueda inferirse que, de haber sido oportunamente presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente.

**7284** 2. Si la sentencia hubiera recaído con base en **documentos** que, al dictarse la sentencia, una de las partes ignoraba haber sido **reconocidos y declarados falsos** o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

3. Si se hubiese dictado en virtud de **prueba testifical** y los testigos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que fundaron la sentencia

4. Si la sentencia se hubiese dictado en virtud de **cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta**.

5. Cuando el TEDH que haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en **violación** de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los **Derechos Humanos** y Libertades Fundamentales y sus Protocolos. Para ello se exige que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que por esta revisión. En cualquier caso, dicha revisión no puede perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

#### Precisiones

En materia de **responsabilidad contable** procede la revisión en los casos previstos en la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas ( L 7/1988 art.83 ).

En relación con **documentos**, ha de tratarse de documentos anteriores a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, no de los que sean posteriores a la misma ( TS 3-5-18, EDJ 81167 ).

#### **7285** Procedimiento

El procedimiento se regula por las disposiciones de la LEC. En cuanto a la **vista**, únicamente se celebrará cuando lo pidan las partes o la sala lo estime necesario.

#### Precisiones

Téngase en cuenta que los procedimientos de **responsabilidad patrimonial del Estado** por el funcionamiento de la Administración de Justicia y más concretamente por error judicial ( LOPJ art.293 ) remiten también al procedimiento de revisión en materia civil, sustanciándose la pretensión ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error. Sobre el contenido y alcance del error judicial a estos efectos ver, entre otras, TS 25-1-05, EDJ 11891 .

#### **6. Recursos contra las resoluciones del letrado de la Administración de Justicia**

(LJCA art.102 bis)

**7290** Se contemplan, en función del objeto del tipo de resolución recurrida, dos recursos: el recurso de reposición y el recurso de revisión.

#### Precisiones

La LJCA art.102 bis.2.párrafo 1º ha sido declarado **inconstitucional** por sentencia del TCo 58/2016 .

#### **7292** Recurso de reposición



Tiene por **objeto** la impugnación de las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del letrado de la Administración de Justicia.

El análisis de su **procedimiento** se realiza de forma sintética en el siguiente cuadro:

<b>RECURSO DE REPOSICIÓN</b>	
<b>Interposición</b>	Ante el letrado de la Administración de Justicia que dictó la resolución recurrida <b>Excepción:</b> cuando la Ley prevea recurso directo de revisión
	<b>Plazo:</b> 5 días desde el día siguiente al de la notificación de la resolución impugnada
	Incumplimiento de los requisitos de tiempo y forma
<b>Traslado a las partes</b>	Por término común de 3 días, para que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente
<b>Resolución</b>	Mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia, dentro del tercer día

7294 **Recurso de revisión**  
(LJCA art.102 bis.2, 3 y 4)

Tiene por **objeto** la impugnación de:

- decretos por los que se ponga fin al procedimiento o que impidan su continuación;
- otros decretos, en los casos expresamente previstos.

Carece de **efectos suspensivos**, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto.

El análisis de su **procedimiento** se realiza de forma sintética en el siguiente cuadro:

<b>RECURSO DIRECTO DE REVISIÓN</b>	
<b>Interposición</b>	Mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que incurre la resolución
	<b>Plazo:</b> 5 días
	Incumplimiento de los requisitos de admisibilidad
<b>Admisión del recurso</b>	Por el letrado de la Administración de Justicia, mediante diligencia de ordenación
	Concesión a las demás partes personadas de un plazo común de 5 días para impugnarlo si lo estiman conveniente
	Contra las resoluciones de admisión o inadmisión no cabe recurso
<b>Resolución</b>	Mediante auto en el plazo de 5 días
	Posibilidad de recurso de apelación y de casación en los supuestos legalmente previstos ( LJCA art.80 y 87 , respectivamente)

| SECCIÓN 15

## Ejecución de sentencias

7300	1. Reglas generales	7305
	2. Procedimiento	7315
	3. Imposibilidad de ejecutar la sentencia	7325
	4. Expropiación de derechos o intereses legítimos reconocidos en sentencia	7330
	5. Incidente sobre ejecución de sentencia	7335
	6. Extensión de los efectos de la sentencia	7340
	7. Ejecución con recursos en suspensión	7345

7302 La ejecución de las sentencias, en sentido amplio, consiste en llevar a puro y debido efecto las resoluciones y pronunciamientos contenidos en el fallo.

Precisiones

Para un **estudio detallado** de la ejecución de sentencias, ver nº 3950 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **Formularios** Prácticos Administrativo-Contencioso Administrativo.

## 1. Reglas generales

---

### 7305 Competencia (LJCA art.103.1)

La potestad de ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, correspondiendo su ejercicio a aquel que hubiera conocido del asunto en primera o única instancia.

### 7307 Obligación de cumplimiento de las sentencias y de colaboración para su cumplimiento (LJCA art.103.2, 3 y 105.1)

Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en su forma y contenido. Esta regla se complementa con la obligación de todas las personas y entidades públicas y privadas de prestar la colaboración que, en su caso, reclamen los órganos judiciales para la ejecución de sus decisiones.

En línea con esta obligación se establece la regla de **imposibilidad de suspender el cumplimiento** ni declarar la inejecución total o parcial del fallo ( LJCA art.105.1 ).

Según cuál sea el fallo judicial podemos distinguir las siguientes **modalidades de ejecución**:

- condena a la Administración del pago de una cantidad líquida (nº 7309);
- anulación total o parcial de un acto o de una disposición general (nº 7310).

#### Precisiones

**1)** Del cumplimiento de las sentencias y resoluciones judiciales depende la propia existencia del Estado de Derecho, debiendo prestarse la colaboración requerida para ello por los órganos jurisdiccionales. En este sentido, cuando esa **obligación de colaboración** se incumple por parte de los **poderes públicos** se atenta gravemente contra el Estado de Derecho ( TCo 67/1984 ; TS 27-1-12, EDJ 7179 ).

**2)** La ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la **tutela judicial efectiva**, que comprende la ejecución de las resoluciones en sus propios términos y la intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en ellas ( TCo 159/1987 ; 171/1991 ).

**3)** La ejecución de una sentencia puede extenderse a las **consecuencias** que, aunque no explícitas en el fallo, sean **inherentes** a alguno de sus pronunciamientos. Por el contrario, no puede pretenderse incluido en sentencia aquello no expresado que no se derive naturalmente del fallo ( TS 29-10-12, EDJ 237600 ).

**4)** El especial e intenso **papel** que tiene una de las partes (la **Administración**) en la ejecución de sentencias es fuente de conflictos y provoca situaciones criticables. Ver PÉREZ ALONSO, 2015.

### 7309 Condena a la Administración del pago de una cantidad líquida (LJCA art.106)

En estos casos el órgano encargado del cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su **presupuesto** (tendrá siempre la consideración de ampliable).

Si para el pago fuese necesaria una **modificación presupuestaria**, debe concluirse el procedimiento correspondiente, dentro de los 3 meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial.

A dicha cantidad se le ha de sumar el **interés legal del dinero**, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia.

Transcurridos 3 meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, puede instarse la **ejecución forzosa**. En este supuesto, la autoridad judicial puede incrementar en 2 puntos el interés legal a devengar, siempre que aprecie falta de diligencia en el cumplimiento (deberá oírse al órgano encargado del pago).

Ha de tenerse en cuenta que también se establece que, **transcurridos 2 meses** a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo, cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa ( LJCA art.104.2 ). Ver nº 7317 .

Cuando la Administración condenada al pago estima que el cumplimiento de la sentencia puede producir un **trastorno grave** a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del órgano judicial, acompañando una propuesta razonada. El órgano

judicial, oídas las partes, resolverá sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para la Administración.

Cualquiera de las partes puede solicitar la **compensación** de la cantidad a satisfacer con créditos que la Administración ostente contra el recurrente.

Estas previsiones se aplican también a los supuestos de **ejecución provisional** de las sentencias.

### 7310 Anulación total o parcial de un acto o de una disposición general

(LJCA art.107)

En el caso de sentencia firme que anula total o parcialmente el acto impugnado, el letrado de la Administración de Justicia dispondrá, **a instancia de parte**:

- la **inscripción** del fallo en los registros públicos a que hubiera tenido acceso el acto anulado;
- si concurre causa bastante, la **publicación** en los periódicos oficiales o privados, a costa de la parte ejecutada.

Cuando la publicación sea en periódicos privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique.

#### Precisiones

Si la sentencia anula total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo destinado a una pluralidad indeterminada de personas, el letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial ordenará su **publicación en diario oficial** en el plazo de 10 días a contar desde la firmeza de la sentencia ( LJCA art.107.2 ; TS 12-7-11, EDJ 147338 ).

### 7312 Nulidad de actos y disposiciones contrarios al pronunciamiento judicial

(LJCA art.103.4 y 5)

El deber de ejecutar las sentencias en sus términos explica la previsión legal conforme a la cual son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a aquellas. Dicha nulidad será declarada por el **órgano judicial** a quien corresponda la ejecución de la sentencia.

El **procedimiento** para esa declaración se iniciará a instancia de parte y se seguirán los trámites de las cuestiones incidentales ( LJCA art.109.2 y 3 ), salvo que se carezca de competencia para ello:

1. Traslado a las partes del escrito planteando la cuestión incidental para alegaciones, en plazo común máximo de 20 días.
2. Auto del juez o tribunal, en el plazo de 10 días, decidiendo la cuestión planteada.

#### Precisiones

**1)** La decisión sobre la nulidad de un acto o disposición por dictarse con el fin de eludir el cumplimiento de una sentencia firme debe realizarse a través de un **incidente de ejecución de sentencia** ( TS 20-6-12, EDJ 161246 ).

**2)** Sobre **actuación obstruccionista** en materia urbanística, ver TS 9-10-12, EDJ 232726 .

### 7314 Incumplimiento de la condena a realizar una determinada actividad o a dictar un acto

(LJCA art.108)

En caso de que la Administración incumpla la condena a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el órgano judicial puede:

- a)** Ejecutar la sentencia a través de sus **propios medios** o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas.
- b)** Adoptar las **medidas necesarias** para que el fallo adquiriera la eficacia inherente al acto omitido, incluyendo la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada (nº 7320 ).

Si la Administración lleva a cabo alguna **actividad que contravenga el fallo**, el órgano judicial, a instancia de los interesados, debe proceder a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionara el incumplimiento.

**c)** En casos en que el juez o tribunal declare contraria a la normativa la construcción de un inmueble y ordene motivadamente su demolición y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada: como condición

previa a la demolición (y salvo que lo impida una situación de peligro inminente), exigir la prestación de **garantías suficientes** para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

## 2. Procedimiento

(LJCA art.104)

### 7315 Iniciación

Una vez que la sentencia sea firme, el letrado de la Administración de Justicia lo debe comunicar en el plazo de 10 días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, para que, recibida la **comunicación**:

- la lleve a efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo;
- indique el órgano responsable del cumplimiento de aquel.

### 7317 Plazo de cumplimiento

Conforme a la regla general, el plazo es de **2 meses** a partir de la comunicación de la sentencia o, en su caso, el plazo fijado en sentencia para el cumplimiento del fallo.

En este sentido, la sentencia puede fijar un **plazo inferior** cuando, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, el plazo anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio.

#### Precisiones

El **inicio del cómputo** para la ejecución voluntaria de la sentencia por la Administración no es el momento de la notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración, sino el de la comunicación de aquella al órgano que haya realizado la actividad objeto de recurso ( TS 25-11-09, Rec 6237/09 ; 29-12-10, EDJ 269759 ; 29-11-11, EDJ 229773 ).

### 7319 Solicitud de ejecución forzosa

(LJCA art.104.2 y 113 )

Transcurrido el plazo para ejecutar la sentencia, cualquiera de las **partes y personas afectadas** puede instar su ejecución forzosa.

En caso de **conciliación judicial**, se estará al plazo de ejecución establecido en el acuerdo, de suerte que, cuando transcurra el mismo, cualquiera de las partes puede instar su ejecución forzosa. En caso de que no se haya fijado plazo en el acuerdo, la parte perjudicada puede requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos 2 meses podrá instarse la ejecución forzosa.

### 7320 Medidas para el cumplimiento del fallo

(LJCA art.112)

Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado, previa **audiencia** de las partes.

Previo **apercibimiento** del letrado de la Administración de Justicia notificado personalmente para formular alegaciones, el órgano judicial podrá:

**a)** Imponer **multas coercitivas**, de 150 a 1.500 euros, a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del órgano judicial. Estas multas pueden reiterarse hasta la completa ejecución del fallo, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiera lugar.

**b)** Deducir el oportuno **testimonio de particulares** para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

## 3. Imposibilidad de ejecutar la sentencia

(LJCA art.105.1 y 2)

**7325** Según la regla general antes citada, no puede suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo de la sentencia. Ello no obsta la previsión acerca de la **imposibilidad material o legal** de ejecutar una sentencia, situación en la que se procede del siguiente modo:

Cuando concurren causas que imposibilitan la ejecución de una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo ha de **manifestar a la autoridad judicial** a través del representante procesal de la Administración. El plazo para ello

es el previsto en LJCA art.104.2 (2 meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo).

El juez o tribunal, con audiencia de las partes y de posibles interesados, apreciará la concurrencia o no de dichas causas y adoptará las **medidas necesarias** que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

7327

#### Precisiones

1) Conforme a la jurisprudencia, el derecho a la ejecución en los propios términos de las sentencias también integra la posibilidad del **cumplimiento por sustitución** ( TCo 205/1987 ; 240/1998 ) cuando así venga establecido por la Ley «por razones atendibles» y una vez que las partes hayan tenido oportunidad suficiente para formular alegaciones y aportar pruebas sobre la incidencia que para la efectividad del fallo pudiera tener la actuación administrativa subsiguiente. En este sentido el posterior cumplimiento del contenido de la sentencia o la entidad del motivo que sustenta la inexecución por causa legal apreciada *prima facie*, no permite soslayar el cumplimiento del trámite de la previa solicitud de inexecución por imposibilidad legal ( TS 23-10-12, EDJ 232725 , en relación con imposibilidad por normativa sobrevenida).

2) Debe separarse adecuadamente la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia de la existencia de **actuaciones posteriores tendentes a eludir el cumplimiento** de aquella ( TS 27-1-12, EDJ 7179 ).

3) A diferencia de lo que ocurre con el **recurso de casación** contra autos en ejecución de sentencia -limitado a enjuiciar la correlación entre lo resuelto y lo ejecutado-, dicha limitación no opera cuando se recurre un auto recaído en incidente de declaración de imposibilidad legal o material de ejecución. En ellos se trata de verificar si se han producido o no las condiciones materiales o legales que justifiquen la declaración de imposibilidad de ejecución que se postula -de cuyo resultado sí dependerá el análisis acerca del adecuado cumplimiento de lo ejecutado- ( TS 29-9-11, EDJ 229773 ).

4) Sobre el **plazo**, ver TS 29-9-11, EDJ 229773 .

#### 4. Expropiación de derechos o intereses legítimos reconocidos en sentencia

(LJCA art.105.3)

7330 La LJCA contempla la posibilidad de que los derechos o intereses legítimos reconocidos en una sentencia firme frente a la Administración puedan ser objeto de expropiación siempre que concurren causas de utilidad pública o interés social.

#### 7332 Causas de utilidad pública o de interés social

Se considera que tienen este carácter:

- el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los **derechos y libertades** de los ciudadanos;
- el temor fundado de **guerra**;
- el quebranto de la **integridad del territorio nacional**.

#### Precisiones

Si el ayuntamiento entendiese que el cumplimiento del fallo puede resultar seriamente perturbador para los intereses generales o de terceros hasta el punto de comportar un peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los **derechos y libertades de los ciudadanos**, existe en nuestro ordenamiento procesal un cauce excepcional que consiste en la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia firme - LJCA art.105.3 -. Esta vía singular y excepcional es muy diferente, tanto en su naturaleza y significado como en el procedimiento a seguir, a la de la **imposibilidad legal de ejecución** de la sentencia - LJCA art.105.2 - ( TS 17-11-08, EDJ 222397 ).

#### 7334 Competencia para su declaración, plazo y procedimiento

En el **ámbito estatal**, la declaración de la concurrencia de alguna de las causas mencionadas corresponde al Gobierno.

También puede efectuarse por el consejo de gobierno de una **comunidad autónoma** cuando:

- la causa sea el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos; y

- el acto, actividad o disposición impugnados provengan de los órganos administrativos de dicha comunidad o de las entidades locales de su territorio, así como de las entidades de derecho público y corporaciones dependientes de una y otras.

La declaración de concurrencia de alguna de las **causas de utilidad pública o interés social** a efectos expropiatorios debe realizarse dentro de los 2 meses siguientes a la comunicación de la sentencia.

El juez o tribunal competente para la ejecución ha de señalar entonces, por el trámite de los incidentes, la correspondiente **indemnización**. En el supuesto de que la causa alegada fuera la de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, apreciará, además, la concurrencia de dicho motivo.

#### Precisiones

A diferencia de lo que ocurre con los casos de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia - LJCA art.105.2 - en los que la ley no hace especificación del **cauce procedimental** a seguir, en los supuestos de expropiación de derechos o intereses reconocidos en sentencia firme, la fijación de la indemnización, una vez declarado que concurre la causa de utilidad pública o de interés social justificadora de la expropiación, debe hacerla el tribunal o juez «por el trámite de los incidentes» ( TS 26-5-08, EDJ 90760 ).

#### 5. Incidente sobre ejecución de sentencia

(LJCA art.109)

#### 7335 Legitimación

Pueden promover incidente la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo.

Este término de «**personas afectadas**» debe interpretarse en un sentido amplio, comprensivo de todos los intereses concernidos, incluyendo a personas que no participaron en el proceso ya como parte activa o pasiva ( TCo 99/1995 ; TS 3-6-11, EDJ 103945 ).

#### 7337 Objeto

Mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, el incidente puede promoverse para decidir, sin contrariar el fallo, cuantas **cuestiones suscite la ejecución** y en especial las siguientes:

- a) El **órgano administrativo** responsable de realizar las actuaciones.
- b) El **plazo** máximo para su cumplimiento, atendiendo a las circunstancias concurrentes.
- c) Los **medios** con que ha de llevarse a efecto y el **procedimiento** a seguir.

#### 7339 Procedimiento

(LJCA art.109)

El letrado de la Administración de Justicia da **traslado** del escrito planteando la cuestión incidental a las partes para que, en plazo común no superior a 20 días, realicen las **alegaciones** que estimen procedentes.

Evacuado el traslado o transcurrido este último plazo, el juez o tribunal debe dictar **auto** decidiendo la cuestión planteada en el plazo de 10 días.

#### Precisiones

**1) El recurso contra la denegación** de la promoción del incidente de inejecución de la sentencia requiere acreditar no solo que la denegación no se sustenta en una interpretación conforme con el ordenamiento jurídico, sino también, que la omisión del trámite impidió la finalidad a la que sirve el incidente ( TS 23-10-12, EDJ 232725 ).

**2) Aunque no se prevé expresamente periodo probatorio**, la jurisprudencia entiende que no hay obstáculo para su apertura, sobre todo de cara a apreciar la imposibilidad legal o material de la ejecución - LJCA art.105.2 - ( TS 24-9-08, EDJ 185139 ; 29-4-09, EDJ 82993 ; 29-9-11, EDJ 229773 ).

**3) Se ha declarado indefensión** por no sustanciarse el incidente promovido con la práctica de las pruebas tendentes a demostrar la no ejecución del fallo ( TS 9-10-12, EDJ 232726 ).

**4) Es impropio emplear otros medios procesales** cuando procede el incidente de ejecución ( TS 10-7-12, EDJ 149743 ).

**5)** En cuanto al eventual **recurso de casación contra el auto**, se ciñe a garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo, evitando que se adicione, contradiga o desconozca lo decidido con carácter firme ( TCo 99/1995 ; TS 27-1-12, EDJ 7179 ).

#### 6. Extensión de los efectos de la sentencia

(LJCA art.110)

#### 7340 Supuestos

(LJCA art.110.1)

La posibilidad de que la situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas se extienda a otras en ejecución de sentencia **requiere:**

**a)** Que estemos en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado.

**b)** Que concurren las siguientes **circunstancias:**

- que los interesados se encuentren en **idéntica situación jurídica** que los favorecidos por el fallo;
- que el **juez o tribunal sentenciador** fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de las pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada;
- que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el **plazo** de 1 año desde la última notificación de aquella a quienes fueron parte en el proceso.

En caso de que se haya interpuesto recurso de revisión, el plazo señalado se computa desde la última notificación de la resolución que ponga fin a dicho recurso.

#### 7342 Procedimiento

(LJCA art.110.2 a 7)

La **solicitud** debe dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución cuyos efectos pretenden extenderse. Dicha petición se formulará en **escrito** razonado que deberá acompañarse de la **documentación** que acredite la identidad de las situaciones o la no-concurrencia de circunstancias de desestimación.

En los 20 días siguientes (y antes de resolver), el letrado de la Administración de Justicia ha de recabar de la Administración:

- los **antecedentes** que estime oportunos;
- en todo caso, un **informe** detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada.

El resultado de esas actuaciones se pondrá de manifiesto a las partes para que, en el plazo común de 5 días, realicen **alegaciones**, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión.

Evacuado el trámite, el juez o tribunal ha de resolver por **auto**, en el que no puede reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme cuyos efectos se extienden.

El régimen de recurso de este auto se ha de ajustar a las reglas de LJCA art.80 .

Cuando se encuentre pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la Ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso.

#### 7344 Causas de desestimación

(LJCA art.110.5)

El incidente se desestimará, en todo caso, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

**a)** Si existiera **cosa juzgada**.

**b)** Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se pretende sea **contraria a la jurisprudencia** del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los tribunales superiores de justicia en el recurso de casación para la unificación de doctrina ( LJCA art.99 derogado por LO 7/2015 ).

**c)** Que se hubiera dictado resolución para el interesado que habiendo causado **estado en vía administrativa**, fuera consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo contra la misma.

#### 7. Ejecución con recursos en suspensión

**7345** Cuando se haya acordado suspender la tramitación de uno o más recursos en el supuesto de pluralidad de recursos con **igual objeto, pero no acumulados** ( LJCA art.37.2 ), una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito tramitado con carácter preferente, el letrado de la Administración de Justicia debe requerir a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de 5 días interesen:

**a) La extensión de los efectos** de la sentencia. En este caso el órgano judicial la acordará salvo que concurra alguna causa de inadmisibilidad del recurso ( LJCA art.69 ) o cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuese contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de los tribunales superiores de justicia en el recurso de casación para la unificación de doctrina ( LJCA art.110.5.b ).

**b) La continuación del pleito** suspendido.

**c) El desistimiento** del recurso.

## SECCIÓN 16

# Disposiciones comunes a los procesos contenciosos

<b>7350</b>	1. Plazos	7355
	2. Medidas cautelares	7360
	3. Incidentes e invalidez de actos procesales	7385
	4. Costas procesales	7390

### 1. Plazos

(LJCA art.128)

#### **7355** Carácter improrrogable

Los plazos son improrrogables. Una vez transcurridos, el letrado de la Administración de Justicia correspondiente tendrá por **caducado el derecho** y por perdido el trámite que hubiese dejado de utilizarse.

Sin embargo se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presenta **dentro del día** en que se notifique la resolución, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el cómputo de los plazos procesales constituye una **cuestión de legalidad** que corresponde a los órganos judiciales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, de modo que la improrrogabilidad de los plazos es una garantía del proceso y, por tanto, no solo consecuencia de la efectividad del principio de legalidad, sino también del de seguridad jurídica ( TCo 59/1989 ).

#### Precisiones

Sobre los plazos, ver TS 26-12-11, EDJ 323991 ; 3-11-09, EDJ 300241 .

#### **7357** Agosto. Habilitación de días inhábiles

El mes de agosto es **inhábil** salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales (en cuyo caso agosto es hábil)

Las partes pueden solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los días inhábiles en el procedimiento para la **protección de los derechos fundamentales** o en el incidente de suspensión o de adopción de otras **medidas cautelares**: en supuestos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario. El juez o tribunal debe oír a las demás partes y resolver por auto en el plazo de 3 días.

Se debe acordar, en todo caso, la habilitación cuando su denegación pudiera causar **perjuicios irreversibles**.

### 2. Medidas cautelares

#### **7360** Finalidad

La razón de ser de la justicia cautelar se halla en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. De este modo, con las



medidas cautelares se trata de asegurar la **eficacia de la resolución** final del proceso -la efectividad de la sentencia ( LJCA art.129 )-, sin que quepa entender en ningún caso que el incidente cautelar implique un pronunciamiento sobre el proceso principal ( TS 5-10-12, EDJ 221533 ; 18-12-12, EDJ 311282 ; TCo 148/1993 ).

En el caso de medida cautelar consistente en la **suspensión de una disposición general**, se suma el intento de que un posible fallo favorable a la pretensión de anulación de la disposición recurrida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento ( TS 27-11-12, EDJ 270189 ).

### 7362 Clases

La medida cautelar por antonomasia en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo es la **suspensión de la actividad administrativa** impugnada.

Ello no obstante, y antecedida por jurisprudencia novedosa que ligó la justicia cautelar con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ( Const art.24 ), la actual LJCA permite también la adopción de medidas cautelares de signo positivo, como la inscripción provisional de una sociedad cooperativa en el Registro administrativo correspondiente, el otorgamiento provisional de un permiso de residencia, etc.

#### Precisiones

Sobre **medidas de signo positivo**: obligación de pago de una cantidad económica por parte de la Administración ( TSJ C.Valenciana 13-2-12, EDJ 120213 ; TSJ Andalucía/Granada 24-10-11, EDJ 327983 ); disfrute de reducción de jornada para atención de un menor ( TSJ Cataluña 9-3-12, EDJ 76672 ). Ver también TS 10-12-12, EDJ 307226 , sobre denegación de la medida.

### 7364 Momento de solicitud

(LJCA art.129 , 136.2)

Las medidas cautelares tendentes a asegurar la efectividad de la sentencia pueden solicitarse por los interesados en **cualquier estado del proceso**. Esta regla general se completa con dos específicas:

- a)** Si se impugna una **disposición general** y se solicita la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición debe realizarse en el escrito de interposición o en el de demanda.
- b)** En los casos de medidas cautelares en procesos contra **inactividad de la Administración** o contra vía de hecho ( LJCA art.29 y 30 , respectivamente), las medidas pueden solicitarse también antes de la interposición del recurso. En este supuesto el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso en el plazo de 10 días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los 3 días siguientes, el letrado de la Administración de Justicia convocará la comparecencia referida en LJCA art.135 .

De **no interponerse el recurso**, quedan automáticamente sin efecto las medidas acordadas, y el solicitante debe indemnizar los daños y perjuicios producidos por la medida cautelar.

### 7365 Criterios para su otorgamiento y denegación

Ha de distinguirse entre unos criterios generales y otros específicos de los supuestos de inactividad de la Administración y de vía de hecho.

### 7367 Generales

(LJCA art.130)

Para decidir sobre el otorgamiento o la denegación de las medidas cautelares, el juzgador debe realizar previamente una valoración circunstanciada de los **intereses en conflicto**, de modo que:

- a)** La medida cautelar puede acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su **finalidad legítima** al recurso.
- b)** La medida cautelar puede denegarse cuando la misma pueda provocar una **perturbación grave** de los intereses generales o de tercero.

#### Precisiones

**1)** Sobre el carácter central de la **pérdida de la finalidad legítima del recurso**, que es prioritariamente la efectividad de la sentencia: TS 26-4-18, EDJ 64833 .

2) La pérdida de la finalidad legítima del recurso remite en la práctica a los criterios de **apariencia de buen derecho** (*fumus boni iuris*) y los posibles perjuicios de imposible o difícil reparación (*periculum in mora*), siendo esencial atender a las circunstancias concurrentes en cada caso.

3) Es necesario que la apariencia de buen derecho se aprecie con mesura -es indispensable que el derecho sobre el que se pretende la cognición cautelar aparezca como probable, con una **probabilidad cualificada**- y que se complemente con la identificación de perjuicios de imposible o difícil reparación de no adoptarse la medida cautelar ( TS 23-3-10, EDJ 21767 ; 27-11-12, EDJ 270189 ).

4) La **suspensión de la ejecutoriedad** de los actos objeto de impugnación es una medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal. Por ello, dicha decisión carece de sentido cuando tal resolución ha recaído ya ( TS 15-2-13, EDJ 18801 ).

5) Al examinar la medida cautelar, el órgano jurisdiccional no puede entrar en la **cuestión de fondo** -objeto de enjuiciamiento en el proceso- ( TS 10-10-90, EDJ 9191 ), lo que no quiere decir que aquel no pueda analizar el *fumus boni iuris* ( TS 17-5-12, EDJ 103616 ).

6) En toda medida cautelar es necesaria una **valoración del derecho**, puesto que la seriedad de la demanda resulta una condición decisiva para el otorgamiento de aquella ( TS auto 22-3-90, EDJ 3220 ). En todo caso, la apariencia de buen derecho no prejuzga el fondo, puesto que el estudio de este puede destruir aquella apariencia con la consiguiente desestimación de las pretensiones en sentencia ( TS auto 8-3-88, EDJ 1959 ).

7) Sobre la importancia de la intensidad del **interés público**, de cara a otorgar o denegar la medida, ver TS 27-11-12, EDJ 270189 . En cuanto a la ponderación de los intereses -públicos y privados- en conflicto, ver TS 5-10-12, EDJ 221533 .

### 7369 Específicos

(LJCA art.136.1)

En los casos de **inactividad de la Administración** ( LJCA art.29 ) y de vía de hecho ( LJCA art.30 ), se adoptará la medida cautelar salvo que:

- se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los preceptos mencionados; o

- la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero (el juez ponderará tales intereses en forma circunstanciada).

#### Precisiones

Sobre la **vía de hecho**, ver TS 25-10-12, EDJ 233857 .

### 7370 Procedimiento

(LJCA art.131 y 134 )

El incidente cautelar se sustancia en **pieza separada**, con audiencia de la parte contraria, que ordena el letrado de la Administración de Justicia por plazo no superior a 10 días. Se resuelve por **auto** dentro de los 5 días siguientes.

Si la Administración demandada no hubiese comparecido aun, la **audiencia** se realizará con el órgano autor de la actividad impugnada.

El auto por el que se acuerda la medida cautelar **se comunica al órgano administrativo** correspondiente, que ordenará su cumplimiento inmediato, con aplicación de las normas relativas a ejecución de sentencias -salvo LJCA art.104 , que versa sobre el procedimiento-.

Cuando se acuerde la **suspensión de la vigencia** de disposiciones de carácter general o a actos destinados a una pluralidad indeterminada de personas, se ha de publicar en diario oficial ( LJCA art.107.2 ).

### 7372 Duración de las medidas

(LJCA 132.1)

Las medidas cautelares están en vigor hasta que recaiga **sentencia firme** que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en la LJCA.

### 7374 Modificación y revocación de las medidas

(LJCA art.132)

Sin perjuicio de la regla general anterior, las medidas cautelares pueden ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si **cambian las circunstancias** que motivaron su adopción.

No pueden modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de:

- los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las **cuestiones formales o de fondo** que configuran el debate;

- la modificación de los **criterios de valoración** que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

### 7375 Garantías para evitar los perjuicios derivados de las medidas cautelares (LJCA art.133)

Cuando la medida cautelar pueda provocar perjuicios de cualquier naturaleza, pueden acordarse las medidas necesarias para evitar o mitigar tales perjuicios.

En este sentido puede exigirse también presentación de **caución o garantía** suficiente para responder de los mismos, que podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho.

En estos casos, la medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la garantía esté **constituida y acreditada en autos**, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios.

Levantada la medida (por sentencia o por cualquier otra causa), la Administración o la persona que pretenda tener derecho a **indemnización** de los daños sufridos, puede solicitar dicha indemnización ante el propio órgano jurisdiccional. El plazo para esta solicitud es de 1 año, siguiente al alzamiento, y procedimentalmente se sigue el trámite de incidentes.

Procede la **cancelación** de la garantía constituida en caso de que no se formule la solicitud dentro del plazo mencionado, se renuncie a la misma o no se acredite el derecho.

#### Precisiones

Sobre la importancia de determinar los **intereses** que deben garantizarse y los perjuicios que, en su caso, justifiquen la imposición de garantía o caución, ver TS 15-1-13, EDJ 1726 .

### 7377 Medidas provisionales (LJCA art.135)

Proceden cuando los interesados aleguen la concurrencia de **circunstancias de especial urgencia** en el caso ( TS 3-5-11, EDJ 60756 ; 9-7-12, EDJ 159243 ; TSJ Madrid 25-3-11, EDJ 141032 ; TSJ Cataluña 28-9-10, EDJ 242834 ).

### 7379 Plazos, procedimiento y resolución

El juez o tribunal dicta auto en el plazo de 2 días y sin oír a la parte contraria (ver regla especial en el siguiente cuadro). Dicho auto puede:

<b>Apreciar las circunstancias de especial urgencia</b>	Adopción o denegación de la medida ( LJCA art.130 ). Contra este auto no cabe recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial: - da audiencia a la parte contraria para que en el plazo de 3 días alegue lo que estime procedente; o - convoca a las partes a una comparecencia que se celebrará dentro de los 3 días siguientes a la adopción de la medida (grabación de la comparecencia y su documentación: LJCA art.63 ). Realizado el trámite anterior, el juez o tribunal dicta auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada (este auto es recurrible conforme a las reglas generales).
<b>No apreciar las circunstancias de especial urgencia</b>	Se ordena la tramitación del incidente cautelar ( LJCA art.131 ). Durante el mismo los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo de LJCA art.135 .
<b>Regla especial</b>	Supuestos relativos a actuaciones administrativas en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad: el órgano jurisdiccional debe oír al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto de adopción o denegación de la medida.

## 3. Incidentes e invalidez de actos procesales

### 7385 Regla general

(LJCA art.137)

Todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en **pieza separada** y sin suspender el curso de los autos.

#### 7387 Defectos subsanables

(LJCA 138.1 y 2)

Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos en la LJCA, aquella puede subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro del **plazo** de los 10 días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

Cuando el juzgado o tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsanable, el letrado de la Administración de Justicia dictará **diligencia de ordenación** en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, suspendiendo, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

#### 7389 Defectos insubsanables

(LJCA art.138.3)

Solo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, puede ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto.

### 4. Costas procesales

(LJCA art.139)

#### 7390 Procedimientos en primera o única instancia

La **decisión** sobre las costas corresponde al órgano jurisdiccional al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes.

Se imponen a la **parte** cuyas pretensiones se han rechazado, salvo que se aprecie y razone que el caso presentaba dudas serias de hecho o derecho.

En supuestos de **estimación o desestimación parcial**, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. No obstante puede imponerse a la parte que haya mantenido la acción o recurrido con mala fe o temeridad.

#### 7392 Resto de instancias

Las costas se imponen al **recurrente** si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional aprecia motivadamente que hay circunstancias que justifican la no imposición.

En el **recurso de casación** se imponen conforme a la LJCA art.93.4 .

Cuando se trate de costas causadas en **autos**, se regulan y tasan según lo dispuesto en la LEC.

#### 7394 Otros aspectos

La imposición de costas puede ser **total, parcial** o hasta una cifra máxima.

En ningún caso se imponen costas al **Ministerio Fiscal**.

En defecto de pago voluntario por particulares de las costas que se les hubiesen impuesto, se utiliza el **procedimiento de apremio**.

#### Precisiones

La imposición de las costas procesales al que resulte vencido en primera instancia ha planteado una serie de problemas en la práctica fruto de la **disparidad** en las **tasaciones** (en contraste con la práctica del Tribunal Supremo respecto de las costas en casación, que establecía una horquilla de mínimo y máximo). Sobre la problemática de las costas en los procesos contencioso-administrativos, TRIANA REYES, 2016.

## Bibliografía

- Cancio Fernández, Raúl, *El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2015.
- Escribano Testaut, Pedro, *La doctrina jurisprudencial sobre la nueva regulación del recurso de casación*, 2ª ed. revisada y ampliada, Enero 2018.

Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/20180117%20Jurisprudencia%20sistematizada%20sobre%20la%20admis%C3%B3n%20de%20la%20casaci%C3%B3n.pdf>.

- Lozano Cutanda, Blanca, *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades*, La Ley 5298/2015.
- Fernández Farreres, Germán, *Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación "para la formación de jurisprudencia"*. Revista Española de Derecho administrativo, núm. 174, 2015.
- González Pérez, J. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*. Tomo I, página 440. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- Guasp, J. *Derecho procesal civil*. 5ª edición. Madrid: Civitas, 2002.
- Núñez Jiménez, José Manuel y Pérez García, Manuel Luis, *Estudio sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2017.
- Pérez Alonso, Jorge, *La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos "inejecución" de sentencias*. Revista General de Derecho administrativo, núm. 40, 2015, pp. 1-32.
- Razquin Lizarraga, José Antonio, *El recurso de casación en la Jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015*. Revista Vasca de Administración Pública, enero-abril 2016, pp. 135-178.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Comentario. Madrid: Iustel/Gómez Acebo & Pombo, 2010.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *El contencioso de la Unidad de Mercado*. Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 87/2013, septiembre-diciembre 2013, pp. 51-93.
- Triana Reyes, Belén. *El extravagante mundo de las costas procesales en la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Diario La Ley núm. 8723, 16 marzo 2016.
- Triana Reyes, Belén, *La que se nos viene encima con la casación contencioso-administrativa*. Diario La Ley núm. 8733, abril 2016.

## CAPÍTULO 5

# Litigación laboral

7500	Sección Cuestiones generales	7505
	1.	
	Sección Proceso ordinario y proceso monitorio	7650
	2.	
	Sección Procesos especiales	8050
	3.	
	Sección Recursos	8600
	4.	
	Sección Ejecución	8850
	5.	

## SECCIÓN 1

# Cuestiones generales

7505	<b>A. Principios generales y obligaciones procesales</b>	7506
	<b>B. Jurisdicción y competencia</b>	7508
	1. Competencia material	7510
	2. Competencia funcional	7525
	3. Competencia territorial	7535
	<b>C. Partes procesales</b>	7540
	<b>D. Normas generales de tramitación. Comunicaciones electrónicas</b>	7543
	<b>E. Actos de evitación del proceso</b>	7545

1.	Arbitraje y mediación	7550
2.	Conciliación administrativa o mediación previas	7565
3.	Reclamación previa y agotamiento de la vía administrativa previa	7583

## A. Principios generales y obligaciones procesales

**7506** En el orden jurisdiccional social, la norma básica de referencia es la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), L 36/2011, y con su aprobación se pretendió concentrar en el orden social el conocimiento de todas aquellas materias que de forma directa o por conexión puedan calificarse como sociales. El proceso social no es sino un proceso civil especial, por lo que se aplica con carácter supletorio la LEC (LRJS disp.final 4ª). También tiene papel supletorio, aunque solo para los litigios en los que se impugnen actos administrativos en materia laboral, la LJCA (LRJS disp.final 4ª).

El proceso social resuelve los conflictos, tanto individuales como colectivos, planteados entre empresarios y trabajadores, así como los litigios en materia de prestaciones de Seguridad Social.

Los **principios generales** que inspiran este proceso son los siguientes (LRJS art.74.1):

a) **Oralidad**, en virtud del cual la mayor parte de las actuaciones procesales, al menos en instancia, se desarrollan verbalmente incluida la posibilidad de que en determinados procedimientos se dicte sentencia de viva voz (LRJS art.50). Ello concede una mayor agilidad a los trámites procesales y simplifica notablemente los mismos.

b) **Inmediación**, que garantiza la presencia del juez que va a dictar sentencia en los actos procesales, principalmente en alegaciones y pruebas (LRJS art.98.1).

c) **Concentración**, por el cual se unifican los actos procesales, que se desarrollan sin solución de continuidad en una sola audiencia en el juicio oral, de forma que las actuaciones solo podrían suspenderse excepcionalmente cuando se necesiten practicar pruebas fuera del local judicial o se ha iniciado proceso penal por falsedad documental (nº 7705). La concentración supone además que, todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales, se discutirán en el juicio y se resolverán en la sentencia (LRJS art.4 y 86).

d) **Celeridad**, como proyección específica del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que reconoce la Constitución (Const art.24.2). Se manifiesta en los plazos procesales breves y perentorios, la imposibilidad general de suspensión de actuaciones o la existencia de modalidades procesales urgentes.

Junto con ellos, rigen también los principios de **dualidad, contradicción e igualdad entre las partes**. Se reconoce, así, el derecho de todos los afectados por el proceso a alegar y probar cuanto convenga a sus intereses. Y, a estos efectos, ambas partes tendrán las mismas posibilidades de intervenir en el proceso, si bien este principio de igualdad debe matizarse atendiendo al carácter compensador del ordenamiento laboral, que trata de superar la desigualdad social de partida existente entre trabajador y empresario. Ello justifica en determinadas normas procesales, como por ejemplo el derecho de asistencia jurídica gratuita o el régimen de depósitos para recurrir, un trato desigual dirigido a garantizar, en último término, la igualdad real de las partes en el proceso.

La norma establece, además, unas **obligaciones procesales** que, con carácter general, han de observar todos los afectados en el proceso (LRJS art.75):

a) Atendiendo al principio general de **buena fe** que debe guiar todas las actuaciones procesales, los órganos jurisdiccionales deben rechazar de oficio en resolución fundada todas las peticiones con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de Derecho. Igualmente, han de corregir los actos que persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones.

b) En caso de actuación temeraria o de mala fe, el juez puede imponer una **multa** de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes. La multa puede oscilar entre 180 y 6.000 euros sin que, en ningún caso, pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

c) Quienes **no** sean **parte en el proceso** también están, sin embargo, sujetos a cumplir las obligaciones que les impongan los jueces, destinadas a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales.

El **incumplimiento** de las obligaciones de colaboración en el proceso da lugar a la aplicación de los apremios pecuniarios a las partes y a la imposición de multas coercitivas a los demás intervinientes o terceros.

Precisiones

En el plazo de 3 días tras la notificación de la multa, por **actuación temeraria o mala fe**, es posible solicitar **audiencia en justicia**, que se resuelve mediante auto. Frente a este auto, puede interponerse recurso de alzada en 5 días ante la sala de gobierno correspondiente, que lo resuelve previo informe del juez que impuso la multa.

## B. Jurisdicción y competencia

7508 Para determinar qué juez debe conocer de cada conflicto se acude a las **reglas de competencia** establecidas legalmente:

- a) Competencia **internacional**: resuelven si corresponde o no a la jurisdicción española el conocimiento del asunto de que se trate (nº 480 s. Memento Procedimiento Laboral 2017-2018).
- b) Competencia **material**: determina el orden jurisdiccional social, penal, civil o contencioso al que ha de encomendarse el litigio.
- c) Competencia **funcional**: establece el concreto juzgado o tribunal que ha de dirigir las actuaciones procesales en atención a su orden o grado. La competencia objetiva indica, entre los órganos de primer grado, a quien ha de atribuirse el proceso en función del objeto del mismo.
- d) Competencia **territorial**: determinan el juzgado o tribunal que por razón del territorio habrá de conocer del asunto.

### Precisiones

- 1) La jurisdicción y la competencia son cuestiones de **orden público procesal** que pueden apreciarse:
  - de oficio por el órgano jurisdiccional ( TS 29-5-07, EDJ 68266 ). En ese caso se da audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal en un plazo de 3 días y se dicta auto o se recoge la declaración de incompetencia en sentencia, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto ( LRJS art.4 );
  - a petición de la parte demandada que interpone la correspondiente excepción procesal en la contestación de la demanda durante el juicio oral.
- 2) Sobre la competencia para conocer de un asunto, pueden plantearse **conflictos entre dos órganos jurisdiccionales** del orden social (cuestiones de competencia) (nº 1072 s. Memento Procedimiento Laboral 2017-2018) o entre órganos jurisdiccionales de distinto orden (conflictos de competencia) (nº 1060 s. Memento Procedimiento Laboral 2017-2018).

### 1. Competencia material

(LOPJ art.9.5; LRJS art.1 a 4 )

7510 La LRJS delimita la competencia del orden jurisdiccional social en tres grandes ámbitos: las relaciones laborales individuales y colectivas, las relaciones de Seguridad Social y las que se establecen frente al Estado cuando este asume responsabilidad por aplicación de las normas laborales. A su vez, las competencias se establecen por vía de delimitación positiva y negativa, incluyendo o excluyendo expresamente determinadas materias del conocimiento por los tribunales laborales.

7512 **Conflictos cuyo conocimiento está expresamente atribuido al orden social**  
(LRJS art.2)

El orden de lo social es competente en las siguientes materias:

- a) Las que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del **contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición**, y en el ejercicio de los demás obligaciones y derechos en el ámbito de la relación de trabajo, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal.

### Precisiones

- 1) Se incluyen los litigios en los que se cuestiona la propia existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo al orden social su delimitación con figuras afines.
- 2) También se incluyen las cuestiones relativas a cualquier modalidad contractual, incluidas las **relaciones laborales especiales**. También para conocer de las **fases previas a la relación laboral**: tratos preliminares y precontratos o promesa de contrato ( TSJ Extremadura 29-04-03, EDJ 85141 ).

3) La competencia se extiende, igualmente, a los **conflictos entre la Administración y su personal** cuando las relaciones que les unan sean de naturaleza laboral; si son de naturaleza funcionarial o administrativa, el orden competente es el contencioso-administrativo.

4) Es también competente en **cuestiones conexas al contrato de trabajo**, como por ejemplo el desalojo de una vivienda ocupada por razón de una relación laboral ( TS 23-11-00, EDJ 68225 ) o reclamaciones relacionadas con préstamos concedidos por el empresario al trabajador. No conoce, sin embargo, cuestiones tributarias, como las retenciones del IRPF aunque se realicen vinculadas al contrato de trabajo.

7514 b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente **responsabilidad por los daños** originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente.

c) Entre las **sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado**, y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios.

d) En relación con el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los **trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE)** ( L 20/2007 art.17 y disp.adic.1ª ) incluidas acciones de responsabilidad contempladas anteriormente en la letra b) siempre y cuando se trate de contratos civiles o mercantiles suscritos con anterioridad a la L 20/2007 ( TS 17-1-12, EDJ 60202 ).

e) Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de **prevención de riesgos laborales**, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las **Administraciones públicas** respecto de todos sus empleados. Quedan excluidas del orden social aquellas cuestiones relativas a reclamaciones entre empresarios y terceros ajenos a la relación laboral por la asunción de la gestión u organización de la prevención.

7515 f) Sobre la **tutela de los derechos** de libertad sindical, huelga y demás **derechos fundamentales** y libertades públicas, incluida la prohibición de discriminación y acosos, contra el empresario o terceros vinculados a este por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión con la prestación de servicios; sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral, no del personal funcionario o en régimen estatutario; sobre las controversias entre dos o más sindicatos o entre estos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida la responsabilidad por daños; y sobre las demás actuaciones previstas en la LRJS conforme a la Const art.117.4 en garantía de cualquier derecho (nº 8490 s. ).

g) En procesos de **conflicto colectivo** (nº 8435 s. ).

h) Sobre **impugnación de convenios colectivos** y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia, incluidos los concertados con la Administración pública cuando sean de aplicación exclusiva al personal laboral; así como sobre impugnación de laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta de movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos colectivos, así como en suspensiones y reducciones temporales de jornada. De haberse dictado respecto de las Administraciones públicas, cuando dichos laudos afecten exclusivamente al personal laboral (nº 8450 s. ).

7516 i) En procesos sobre **materia electoral**, también cuando se refieran a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas (nº 8260 s. ).

j) Sobre **constitución y reconocimiento** de la personalidad jurídica de los **sindicatos** y de las **asociaciones empresariales**, impugnación de sus estatutos y modificación (nº 8470 s. ).

k) En materia de régimen jurídico específico de los **sindicatos**, tanto legal como estatutario, en todo lo relativo a su **funcionamiento interno** y a las relaciones con sus afiliados (nº 8470 s. ).

l) Sobre **responsabilidad de sindicatos y asociaciones empresariales** por infracción de las normas de la rama social del Derecho.

m) En impugnaciones de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en relación a la **suspensión de los contratos de trabajo** por causa de **fuerza mayor** ( ET art.47.3 ) o para realizar **extinciones** por tal causa ( ET art.51.7 ), así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo o en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.

n) Contra las **Administraciones públicas**, incluido el **Fondo de Garantía Salarial**, cuando les atribuya responsabilidad la legislación laboral. Así ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad del Estado por exceso de salarios de tramitación (nº 8200 s. ), las reclamaciones por error judicial, así como los supuestos de responsabilidad



que se atribuyen al FOGASA ( ET art.33 ), incluyéndose las reclamaciones de **intereses legales por demora** en el cumplimiento de la obligación ( TS 14-09-17, EDJ 196566 ).

- 7517 **o)** En materia de **prestaciones de Seguridad Social**, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los **trabajadores por cuenta propia**, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos. Igualmente se extiende la competencia a las cuestiones relativas a la valoración, reconocimiento y calificación de la discapacidad así como a los litigios relacionados con la Ley de atención a las personas en situación de dependencia ( L 39/2006 ; LRJS disp.final 7ª ).

#### Precisiones

**1) No es competente** el orden social en las reclamaciones:

- sobre prestaciones del régimen especial de Seguridad Social de los **funcionarios y clases pasivas** que se rigen por su regulación propia y cuyo conocimiento pertenece al orden contencioso-administrativo;
- por daños derivados del defectuoso funcionamiento de los **servicios sanitarios** de la Seguridad Social ( TS unif. doc. 19-4-99, EDJ 5422 ).

**2)** Se ha entendido que corresponde también al orden social la competencia para: reclamar contra embargos y retenciones inadecuados, en orden a controlar la **regularidad de la actuación de la Administración de la Seguridad Social** cuando, fuera de los procedimientos de apremio administrativo -recaudación-, realiza **retenciones sobre pensiones reconocidas** que, por vulnerar las reglas de inembargabilidad absoluta o relativa de las pensiones, pueden suponer que el beneficiario perciba una cantidad inferior al mínimo establecido como garantía de subsistencia ( TS 10-12-14, EDJ 287445 ).

- 7519 **p)** En materia de **intermediación laboral**, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquellos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente ( Ley de Empleo L 56/2003 ).

**q)** En la aplicación de los **sistemas de mejora de la acción protectora de la Seguridad Social**, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio o acuerdo colectivo, así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario.

**r)** Entre los asociados y las **mutualidades**, excepto las establecidas por los colegios profesionales, en los términos previstos en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados ( RDLeg 6/2004 art.6 ) así como entre las fundaciones laborales o entre estas y sus beneficiarios, sobre cumplimiento, existencia o declaración de sus obligaciones específicas y derecho de carácter patrimonial, relacionados con los fines y obligaciones propios de estas entidades.

**s)** En impugnación de **actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho administrativo** y que pongan fin a la vía administrativa, dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, que no sean en materia de prestaciones o grados de discapacidad, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia, con excepción de las cuestiones expresamente sustraídas al orden social por la propia LRJS ( nº 7521 ).

**t)** En cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por esta u otras normas con rango de ley. Así, se atribuye competencia al orden social por la Ley sobre desplazamientos en el marco de una **prestación de servicios transnacional** ( L 45/1999 ), por la Ley que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria ( L 10/1997 ); o por la Ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas ( L 31/2006 ).

- 7521 **Conflictos cuyo conocimiento está expresamente excluido del orden jurisdiccional social** (LRJS art.3)

Por vía de delimitación negativa, la LRJS enumera una serie de cuestiones en las que el orden social no es competente:

**a)** De la **impugnación directa de disposiciones generales** de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aún en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social competencia de la jurisdicción social. Se enfatiza, en definitiva, la competencia del orden contencioso para la impugnación de disposiciones de carácter general.

**b)** De las cuestiones litigiosas en materia de **prevención de riesgos laborales** que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con este las actividades preventivas y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos

o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención. De esta forma, como se señaló anteriormente, las acciones del trabajador son competencia del orden social, pero quedan excluidas de este, sin embargo, las posibles acciones de repetición o regreso que, en virtud del régimen de solidaridad que se aplica en esta materia, puedan interponer los sujetos que abonan el daño frente a otros sujetos a los que pueda corresponder asumir dicho daño, o parte del mismo, por ejemplo, en el marco de la obligación de coordinación que se impone por la normativa de prevención de riesgos entre diferentes empresarios y autónomos ( LPRL art.24 ).

**c)** De la tutela de los derechos de **libertad sindical y del derecho de huelga** relativa a los **funcionarios públicos, personal estatutario** de servicios de salud y personal excluido del ámbito laboral ( ET art.1.3.a ).

**d)** De las disposiciones que establezcan garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los **servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga** y, en su caso, de los servicios y dependencias y porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones referidas exclusivamente a los actos de designación concretos del personal laboral incluido en dichos servicios mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral ( RDL 17/1977 ).

**e)** De los pactos o acuerdos concertados con las Administraciones públicas con arreglo a las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) ( L 5/2015 ), que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los **servicios de salud**, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral.

**f)** De las impugnaciones de los **actos administrativos en materia de Seguridad Social** relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de **gestión recaudatoria**, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos sobre asistencia y protección social pública que no hayan sido expresamente atribuidos al orden social ( nº 7517 ). En general, la línea divisoria puede establecerse entre cotización y gestión recaudatoria frente a prestaciones, correspondiendo estas últimas a la competencia del orden social y estando, en cambio, en sentido amplio excluidas las primeras.

**g)** De las reclamaciones sobre **responsabilidad patrimonial** de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

**h)** De las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del **juez del concurso** ( nº 3110 Memento Social 2018 ).

#### Precisiones

**1)** Aunque la **impugnación de actas de infracción** que afecten a liquidación de cuotas y su recaudación corresponde al orden contencioso administrativo; corresponde al orden social la impugnación de actas de infracción por incumplimientos de obligaciones de Seguridad Social, como afiliación y alta, que no lleven aparejada una liquidación de cuotas y siempre y cuando no haya habido controversia respecto al importe de las cuotas que se liquidan. Como ocurriría en un supuesto de impugnación por pérdida automática de ayudas y bonificaciones derivada de la falta de alta de unos trabajadores, recogida en acta de infracción expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ( TS auto 24-9-14 ).

**2)** Es competencia del orden social el determinar si se ha producido o no **sucesión empresarial tras la extinción colectiva** de los contratos de trabajo en el marco de un concurso ( TS 5-7-17, EDJ 151652 ) y también se ha entendido que compete a la jurisdicción social resolver sobre la ejecución de una sentencia condenatoria al pago de una cantidad impuesta a un tercero que adquirió, en la liquidación de un concurso, una **unidad productiva autónoma en funcionamiento**. El tribunal entiende que estamos ante el alcance del ET art.44 ( TS 18-5-17, EDJ 88856 ).

#### 7522 Competencia prejudicial o por conexión (LRJS art.4)

Finalmente, y con la finalidad de garantizar la celeridad que caracteriza al proceso laboral, se establece que los órganos jurisdiccionales de lo social pueden conocer y resolver sobre todas aquellas cuestiones que, siendo competencia de otros órganos jurisdiccionales, sean necesarias para decidir el litigio sobre el que tienen competencia. Evidentemente, se trata de una solución instrumental que solo produce efectos en el proceso en el que se dicta,

pero no condiciona la solución que en su día pueda establecer el orden jurisdiccional competente en relación con la cuestión prejudicial de que se trate.

## Precisiones

Esta competencia se extiende incluso a las **cuestiones penales**, salvo en aquellos casos en que se alegue falsedad documental. En estos supuestos, se suspenden las actuaciones procesales hasta que el orden penal resuelva sobre la misma, pero solo cuando la decisión de la causa criminal sea del todo punto indispensable para adoptar la decisión que corresponda al órgano de lo social.

### 2. Competencia funcional

(LOPJ art.59 , 67 , 75 y 93 ; LRJS art.6 , 7 , 8 y 9 )

**7525** Una vez determinada la competencia del orden jurisdiccional social, debe establecerse el órgano concreto al que corresponde enjuiciar la cuestión de que se trate. La **regla general** es que, salvo excepción normativa expresa, el conocimiento y decisión de todos los asuntos atribuidos al orden social corresponde, en instancia, a los juzgados de lo social. La **regla especial** es que el conocimiento de determinados asuntos colectivos y sindicales de alcance territorial autonómico o supraautonómico incumbe respectivamente a la sala de lo social de un tribunal superior de justicia o la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ( LRJS art.7 y 8 ) (para un estudio más detallado ver nº 670 s. Memento Procedimiento Laboral 2017-2018).

### 7527 Juzgados de lo social

(LRJS art.6)

Conocen en **única instancia** de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social con excepción de los asignados expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional y de lo dispuesto por la Ley Concursal.

También conocen en única instancia de las impugnaciones de actos de las administraciones públicas en materia laboral, salvo los que se adopten por el Consejo de Gobierno de las comunidades autónomas o por autoridades de la Administración General del Estado con rango no inferior al de ministro o secretario de Estado.

### 7529 Salas de lo social de los tribunales superiores de justicia

(LRJS art.7)

En cada comunidad autónoma existe un tribunal superior de justicia con una sala de lo social (en algunos casos son varias, así en Andalucía existen tres salas de lo social; en Granada, Sevilla y Málaga; dos en Castilla-León: Burgos y Valladolid; y dos en Canarias; Las Palmas y Tenerife). Estas salas se configuran como **órganos colegiados**, compuestos por un presidente y varios magistrados, debiendo actuar en cada asunto por lo menos tres, uno de ellos en funciones de **ponente**.

Conocen de los siguientes procesos:

**a) Como órgano de instancia**, conocen de los litigios que afecten a un ámbito territorial superior al de un juzgado de lo social sin superar el de la comunidad autónoma en las **siguientes cuestiones**:

- constitución de sindicatos, reconocimiento de la personalidad, impugnación de estatutos y su modificación;
- régimen jurídico interno y relaciones con sus afiliados de los sindicatos;
- constitución, reconocimiento de la personalidad, impugnación de estatutos y su modificación de las asociaciones empresariales;
- tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, conflictos colectivos, impugnación de convenios y acuerdos colectivos y laudos arbitrales.
- impugnaciones colectivas en despidos colectivos cuando extienden sus efectos a un ámbito no superior al de una comunidad.

**b) Como órgano de segundo grado**, conocen de los recursos de suplicación que puedan interponerse contra las sentencias de los juzgados de lo social y en su caso de los recursos de queja ( LRJS art.189 ), así como de los recursos de suplicación contra las sentencias y autos dictados por los jueces de lo mercantil en las materias laborales resueltas en los procesos concursales.

c) Además, estas salas resuelven **cuestiones de competencia** que se susciten entre los juzgados de lo social ubicados en la comunidad autónoma y de las recusaciones contra los jueces de lo social o alguno de los miembros de la propia sala, con excepción del presidente.

#### 7531 Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (LRJS art.8)

Se configura como un órgano colegiado con competencia en todo el territorio español y sede en Madrid. Conoce en **única instancia** de los mismos asuntos que conocen, también en única instancia, las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia pero cuando los litigios extienden sus efectos en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma.

También conocen de la **impugnación de resoluciones administrativas** atribuidas al orden social, cuando se dicten por órganos de la Administración General del Estado con rango de ministro o secretario de Estado o bien cuando rectifiquen por vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos de rango inferior con competencias en todo el territorio nacional.

Se encarga también de las **recusaciones** de sus miembros, salvo las de su presidente o las que afecten a más de dos magistrados de la misma sección que se resolverán por una sala especial ( LOPJ art.69 ).

#### 7533 Sala de lo Social del Tribunal Supremo (LRJS art.9)

La sala de lo social del Tribunal Supremo es un órgano colegiado con sede en Madrid y competencias en todo el territorio estatal. Conoce en **única instancia** de las impugnaciones de los actos administrativos dictados por el Consejo de Ministros cuyo conocimiento haya sido atribuido al orden social. También conoce de los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias de los tribunales superiores de justicia o la Audiencia Nacional cuando actúan como órganos de instancia; de los recursos de casación por unificación de doctrina, recursos de revisión o de queja que proceda interponer (nº 8600 s. ).

Además, conoce de las **cuestiones de competencia** que puedan plantearse entre juzgados y tribunales de lo social que no tengan otro órgano superior común y de las recusaciones de sus propios miembros, salvo las de su presidente o las que afecten a más de dos magistrados que se resolverán por una sala especial ( LOPJ art.61 ).

### 3. Competencia territorial

(LOPJ art.21 y 25 ; LRJS art.10 y 11 )

---

7535 Como **regla general**, el juzgado competente territorialmente se determina a elección del demandante entre el del lugar de prestación de servicios o el del domicilio del demandado. La norma realiza, además, precisiones atendiendo a **circunstancias específicas**:

- si los servicios se prestan en distintas circunscripciones territoriales, el demandante puede elegir entre aquel de ellos en que tenga su propio domicilio, el del contrato si en él se hallase el demandado y pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado;

- si fuesen varios los demandados, la referencia hecha al domicilio del demandado se entiende hecha al domicilio de cualquiera de los demandados;

- en las demandas contra Administraciones públicas, se da prioridad al fuero del demandante, permitiendo a este elegir entre el juzgado competente del lugar de prestación de servicios o el de su propio domicilio, salvo para quienes presten servicios en el extranjero que deben demandar en el domicilio de la Administración demandada.

Existen algunas reglas específicas para ciertas **modalidades procesales** a las que se hará referencia en su momento (nº 8050 s. ).

En relación con las salas de lo social de los **tribunales superiores de justicia**, existen reglas específicas para resolver los conflictos de competencia territorial en las modalidades procesales en las que estos tribunales tienen competencia para conocer en única instancia, por lo que nos remitimos a lo que se indicará al respecto en su momento.

#### Precisiones

En demanda de **tutela de derechos fundamentales** para determinar el órgano competente se estará en el ámbito territorial a aquel en el que se produjo la lesión del derecho ( TS 26-1-17, EDJ 227318 ).

### C. Partes procesales

**7540** Son aquellas que intervienen en el proceso como titulares de la relación jurídica o el objeto litigioso que se resuelve en el mismo.

La **capacidad procesal**, esto es, la posibilidad de comparecer en juicio para defender derechos e intereses legítimos, se reconoce por la norma a todos los que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles, por lo que hay que estar a las previsiones del derecho civil sobre la capacidad de obrar. A este respecto, pueden resultar conflictivos los **siguientes supuestos**:

**a)** En relación con los **menores de edad**, la LRJS permite comparecer por sí mismos, para ejercer derechos vinculados a su contrato o derechos sindicales, a los mayores de 16 años pero menores de 18 que no precisen autorización legal de sus padres o tutores para suscribir un contrato de trabajo, o la hubiesen obtenido. En el resto de los supuestos, por ejemplo los menores que participan en espectáculos públicos, comparecerán sus representantes legítimos o quienes deban suplir su incapacidad. También cuentan con capacidad procesal los menores de 18 años pero mayores de 16 que sean autónomos económicamente dependientes (TRADE).

**b)** Las **personas físicas** que no se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecen a través de sus representantes.

**c)** En el caso de las **personas jurídicas**, deben comparecer sus representantes legales con los poderes que les acrediten como tales ( LRJS art.16.5 ).

**d)** Por las **entidades sin personalidad** a las que la ley reconozca la capacidad para ser parte, comparecen quienes legalmente las representen en juicio ( LRJS art.16.5 ).

**e)** Por las **masas patrimoniales o patrimonios separados** carentes de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición, comparecerán quienes legalmente administren dichos patrimonios ( LRJS art.16.5 ).

**f)** Por las entidades que no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una **pluralidad de elementos personales y patrimoniales** al servicio de un fin, comparecen quienes de hecho actúen en su nombre frente a terceros o ante los trabajadores ( LRJS art.16.5 ).

**g)** Por las **comunidades de bienes o grupos** deben comparecer quienes aparezcan, de hecho o de derecho, como organizadores, gestores o directores de los mismos o, en su defecto, como socios y partícipes ( LRJS art.16.5 ).

Más allá de esta aptitud genérica para ser parte en el proceso, la **legitimación**, esto es, la posibilidad concreta de plantear acciones en un determinado proceso, se reconoce a aquellos que sean titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo. A estos efectos, debe diferenciarse entre la legitimación activa, la que tiene el titular de un interés legítimo para plantear pretensiones ante el orden jurisdiccional, de la legitimación pasiva, la que tiene el obligado a satisfacer ese interés para oponer válidamente resistencias a las pretensiones planteadas en el proceso.

#### Precisiones

**1)** Los **sindicatos y asociaciones empresariales** tienen legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios, habitualmente en procesos de carácter colectivo. En relación con los sindicatos, se exige que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto y que pueda apreciarse un vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito. Además, los sindicatos pueden intervenir en el proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados, defendiendo intereses individuales, siempre que cuenten con la autorización de los mismos ( LRJS art.20 ).

**2)** Las organizaciones de **trabajadores autónomos** tienen también legitimación para la defensa de los acuerdos de interés profesional firmados por ellas.

**3)** En algunas **modalidades procesales** se otorga legitimación al Ministerio Fiscal, a las entidades gestoras o a la Tesorería de la Seguridad Social o a determinados organismos como el FOGASA (nº 8350 s. ).

**7542** Finalmente, y en lo que se refiere a la **representación y defensa en juicio**, el proceso laboral presenta algunas particularidades, ya que **en instancia** se permite a las partes elegir entre comparecer por sí mismas o conferir su representación a un profesional abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier otra persona que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles ( LRJS art.18 ).

En el recurso de **suplicación**, sin embargo, los litigantes han de estar defendidos por abogado o graduado social colegiado ( LRJS art.21.1 ). Y en **casación** y en todas las actuaciones procesales ante el Tribunal Supremo, es preceptiva la defensa por abogado.

#### D. Normas Generales de tramitación. Comunicaciones electrónicas

**7543** Desde el 1-1-2016, la entrega y recepción de escritos y documentos procesales ha de realizarse necesariamente a través de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia, a través del sistema **Lex NET** o de las aplicaciones electrónicas propias de determinadas comunidades autónomas (Navarra, País Vasco y Cantabria).

Se establecieron las siguientes **fases o etapas** para la implantación de la remisión electrónica:

a) En los procedimientos iniciados con **anterioridad a 1-1-2016** ( LEC art.273 y disp.final 12ª.2 ) es facultativa la utilización del soporte papel o del soporte electrónico.

b) Desde el 1-1-2016, para los procedimientos iniciados **a partir del 1-1-2016** es obligatorio para todos los profesionales jurídicos y órganos y oficinas judiciales y fiscales emplear los sistemas telemáticos existentes para presentar de escritos y documentos y realizar de actos de comunicación procesal.

c) **A partir del 7-7-2016**, todas las administraciones con competencias en materia de Justicia estarán obligadas a realizar la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales ( L 8/2011 ).

d) **Desde el 1-1-2017**, se extiende la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos además de a las comunicaciones con la Administración de Justicia a las administraciones y organismos públicos y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no solo de los profesionales jurídicos, también de los ciudadanos en sus comunicaciones con la Administración.

El **sistema Lex Net** permite ( RD 1065/2015 art.14 ) garantizar el intercambio seguro de información así como garantizar las fechas de entrega y emisión de los documentos y actos de comunicación judiciales, todo ello a través de la firma electrónica. Mediante este sistema el profesional jurídico puede obtener justificantes con plena validez jurídica de haber presentado los escritos. El servicio funciona a estos efectos durante las 24 horas del día, todos los días del año.

Para el **cómputo de los plazos**: se computan como en la entrega en soporte papel, como días hábiles, se trata, por tanto, de un cómputo de plazos de días y de conformidad con las reglas específicas de cada jurisdicción ( LRJS art.43.1 ). En el momento en que el letrado acepte la notificación recibida por Lexnet, se considera que está notificado. Si la comunicación recibida contiene algún plazo procesal, este empezará a contar al día siguiente.

En cuanto al **envío de escritos**, ya sean iniciadores o de trámite, la fecha que se tiene en cuenta y que equivaldría al «sello» del juzgado es la del primer envío correcto: Lexnet generará automáticamente un **justificante** que se enviará con el dato temporal correspondiente; cuando el juzgado lo acepte o rechace Lexnet también lo comunicará.

Cuando, conste la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos y transcurrieran 3 días sin que el destinatario acceda al contenido de su buzón, se entenderá que la comunicación se ha efectuado válidamente desplegando plenamente sus efectos ( LEC art.162.2 ). Se exceptúan aquellos supuestos en los que el destinatario justifique la falta de acceso al sistema de notificaciones durante ese periodo.

Si concurrieran **dificultades técnicas**, tanto el Ministerio como el Consejo General de la Abogacía Española van a emitir los correspondientes certificados que serán válidos para acreditar ante la Administración de Justicia que el retraso tiene causa justificada. En este caso, se podrá proceder a la presentación del escrito en el órgano u oficina judicial o fiscal el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción ( RD 1065/2015 art.12.2 y 16 ). En todo caso, la **notificación** se entenderá válidamente recibida en el momento en que conste la posibilidad de acceso al sistema. No obstante, en el caso de producirse el acceso ya transcurrido dicho plazo pero antes de efectuada la comunicación mediante entrega, se entenderá válidamente realizada la comunicación en la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción.

En cuanto a las **horas hábiles**: desde las 8 de la mañana hasta las 8 de la tarde, salvo previsión legal en contra. No obstante, la presentación en formato electrónico puede realizarse las 24 horas del día y todos los días del año, de forma que si se realiza en día inhábil, se entiende presentada en el primer día y hora hábil siguiente ( LEC art.135.1 ).

## E. Actos de evitación del proceso

(LRJS art.69 a 73 )

**7545** Con la aprobación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) se reforzaron las medidas encaminadas a la evitación del proceso y se establecieron distintas vías destinadas a que las partes pudieran arreglar sus controversias sin necesidad de acudir al proceso judicial:

1. Alternativos como **el arbitraje y la mediación**.

2. Previos como la **conciliación administrativa**. La exigencia de **reclamación previa** ha desaparecido cuando se demanda a cualquier Administración pública. A partir del 2-10-2016, solo se mantiene con relación a los litigios sobre prestaciones de Seguridad Social.

La solución acordada por la LRJS constituye, por tanto, una apuesta clara del legislador en todo el proceso social, admitiéndose la transacción judicial en cualquier momento, incluida la ejecución.

#### Precisiones

La LRJS menciona, además, los procesos que exijan otra forma de agotamiento de la vía administrativa distinta de la reclamación previa, en concreto, la interposición del **recurso de alzada o de reposición** ( LRJS art.69 a 73 ), dejando abiertas ambas posibilidades. En materia de **derechos y libertades fundamentales**, la regla general es no exigirse el agotamiento de la vía administrativa ( LRJS art.70.2 ). En materia de **Seguridad Social** se mantiene la doble vía de reclamación previa u otras formas de agotamiento de la vía administrativa en sentido amplio ( LRJS art.71 y 140 ).

7546 La exigencia de estos trámites previos al proceso, aun tratándose de actuaciones previas obligatorias, **no suponen limitación al derecho a la tutela judicial efectiva** ( TCo 60/1989 ; 162/1989 ; 217/1991 ), porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, pues únicamente implican un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo ( TCo 217/1991 ).

#### 1. Arbitraje y mediación

(LRJS y Acuerdo sobre solución de Conflictos Laborales, ASAC V )

7550 Junto a la conciliación previa, se incluyen como actos de evitación del proceso la mediación y los laudos arbitrales, como **mecanismos extrajudiciales** de solución de conflictos alternativos a la vía judicial. Entre ellos, los procedimientos previstos en el V Acuerdo Interprofesional sobre solución de conflictos colectivos ( ASAC V; DGE Resol 10-2-12, art.4.1 e) y 10) cuando los conflictos, en las materias a las que se refiere propio acuerdo, superen el ámbito territorial de la comunidad autónoma, entre otros para solventar las discrepancias y facilitar el acuerdo en periodos de consultas en decisiones de carácter colectiva como despidos, suspensiones, traslados, modificación sustancial de condiciones de trabajo o reducciones de jornada o para la sustitución del periodo de consultas a instancias de la administración concursal o en los conflictos que den lugar a la convocatoria de huelga.

#### Precisiones

Hasta el **1-12-2016** estaba vigente el V Acuerdo interprofesional sobre solución de conflictos (en lo sucesivo ASAC V) suscrito por los interlocutores sociales más representativos (CCOO, UGT y la CEOE CEPYME). Con fecha 23-6-2016 se procedió a su denuncia y se promovió la negociación con vistas a la renovación del mismo. Producida la denuncia del Acuerdo, este extiende su vigencia durante el tiempo que se desarrollen las negociaciones y, en todo caso, hasta que se alcance un nuevo acuerdo. Durante este período, las partes signatarias se comprometen a negociar con vistas a renovar el mismo y, en caso de bloqueo en el proceso negociador, a someter sus discrepancias a los procedimientos de solución de conflictos estipulados en el Acuerdo (V ASAC art.2.2 párrafo tercero).

7552 Por tanto, el arbitraje y la mediación, son mecanismos alternativos de solución extrajudicial de conflictos con especial relevancia, por ejemplo, en el marco del ya señalado ASAC V, en conflictos de interpretación y aplicación de convenios colectivos, si bien acudiendo previamente a la Comisión paritaria del convenio en caso de tener encomendadas funciones de mediación ( ET art.91.3 ).

Las partes pueden acudir al **arbitraje**, cuando acuerden someter sus discrepancias a la decisión de un tercero, situado en el ámbito extrajudicial, y en los siguientes **supuestos tasados legalmente**:

- los laudos para resolver las controversias derivadas de la aplicación e interpretación de convenios colectivos, con la misma eficacia que estos últimos;
- los laudos que puedan adoptarse en el trámite de consultas en vicisitudes objetivas del contrato de trabajo de carácter colectivo, como puede ocurrir en los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión y extinción de contratos por causas económicas ( ET art.85.1 ), contando con la misma eficacia que los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas;

- los laudos en materia arbitral, para las impugnaciones relativas al proceso electoral ( ET art.76 ; LRJS art.127 a 136 ; RD 1844/1994 art.28 s. );
- los laudos dictados en su momento para sustituir a ordenanzas laborales ( ET disp.trans.6ª );
- los laudos adoptados por las comisiones paritarias para resolver discrepancias en los procedimientos de descuelgue de los establecido en el Convenio colectivo ( ET art.82.3 y 85.3 ).

La utilización del arbitraje en **conflictos individuales** requiere que se trate de controversias referidas a la aplicación o interpretación de disposiciones convencionales y que las partes expresamente manifiesten se someten al procedimiento arbitral.

#### 7554 Procedimiento de impugnación de laudos arbitrales

(LRJS art.127 a 129 )

La norma procesal social (LRJS) regula un procedimiento especial para la impugnación de los laudos arbitrales en **materia electoral** ( LRJS art.127 a 132 ).

La impugnación de los laudos también procede para resolver las controversias derivadas de la aplicación o interpretación de **convenios colectivos** y los laudos asociados a los **periodos de consultas** relacionados con despidos, suspensiones, traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y reducciones de jornada, todas de carácter colectivo y deben impugnarse, en este caso, por el procedimiento de impugnación de los convenios colectivos ( LRJS art.163 a 166 , 182.1 y 183 ).

#### 7555 Legitimación activa

(LRJS art.127.3)

La impugnación puede plantearse por quienes tengan interés legítimo, incluida la empresa cuando en ella concurra dicho interés, en el plazo de 3 días, contados desde que tuvieron conocimiento del mismo. Por tanto, en este supuesto la **empresa** aparece expresamente como legitimada activamente. No obstante, es necesario señalar que cuando el demandante hubiera sido la empresa, y el juez apreciase que la demanda tenía por objeto obstaculizar o retrasar el proceso electoral, la sentencia que resuelva la pretensión impugnatoria puede imponerle una sanción ( LRJS art.97.3 ).

Además de la empresa, la impugnación puede llevarse a cabo por quienes tengan **interés legítimo**. La duda en este supuesto reside en si solo cabe limitarlo a los notificados del auto o cabría extenderlo a todos aquellos que tuvieron conocimiento del mismo, sin ser parte en el procedimiento arbitral, aunque pudieron haber sido parte del mismo, el problema en este caso residirá en determinar la fecha en la que se tuvo conocimiento del laudo.

#### Precisiones

Se admite la legitimación de un **sindicato** para impugnar el laudo arbitral, pese a estar referido a reclamación ajena pues el sentido de la decisión, aunque afectara solo a otros sindicatos, incide en la composición del comité y en las estrategias sindicales, al tratarse por una legitimación por interés y no de una legitimación por afirmación de un derecho subjetivo ( TCo 164/2003 ).

#### 7556 Legitimación pasiva

(LRJS art.129)

La demanda debe dirigirse contra las personas y sindicatos que fueron partes en el procedimiento arbitral, así como frente a cualesquiera otros afectados por el laudo objeto de impugnación.

En ningún caso tienen la consideración de demandados los comités de empresa, los delegados de personal, o la mesa electoral.

Si examinada la demanda, el letrado de la Administración de Justicia estima que puede no haber sido dirigida contra todos los afectados, citará a las partes para que comparezcan ante el órgano judicial, dentro del día siguiente, a una audiencia preliminar en la que este, oyendo a las partes sobre la posible situación de **litisconsorcio pasivo necesario**, ha de resolver sobre la misma en el acto ( LRJS art.130 ).

#### Precisiones

La **mesa electoral** no ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como legitimada, al carecer de personalidad jurídica y tratarse únicamente de un órgano técnico constituido *ad hoc* para el proceso electoral, y que no tiene interés propio distinto del de sus componentes ( TCo auto 209/1991 ; auto 210/1991 ). En cuanto a los **comités**



**de empresa y delegados de personal**, son en las elecciones el resultado del proceso electoral y únicamente sus componentes, de verse afectados en su estatuto representativo por el resultado de la elección, tendrán legitimación para comparecer.

**7557 Objeto: motivos de impugnación**

(LRJS art.128; ET art.76)

La demanda solo puede fundarse en los siguientes motivos:

- a) Indebida apreciación o no **apreciación de cualquiera de las causas** contempladas estatutariamente, siempre que la misma haya sido alegada por el promotor en el curso del arbitraje.
- b) Haber resuelto el laudo **aspectos no sometidos al arbitraje** o que, de haberlo sido, no puedan ser objeto del mismo, en estos casos la anulación afectará solo a los aspectos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.
- c) Promover el arbitraje fuera de los **plazos** estipulados.
- d) No haber concedido el árbitro a las partes la **oportunidad de ser oídas** o de presentar **pruebas**.

**7558 Procedimiento: especialidades**

(LRJS art.132.1)

Estamos ante un **procedimiento urgente** que ha de celebrarse dentro de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda y, la sentencia, contra la que no cabe recurso, ha de dictarse en el plazo de 3 días -hábiles y plazo de caducidad-, debiendo ser comunicada a las partes y a la oficina pública.

Precisiones

Respecto a la posibilidad de suspender el juicio o el plazo para dictar sentencia, a fin de conciliar los efectos de una demanda por despido de una trabajadora que pretende presentarse como **candidata** y de la impugnación de un laudo por rechazo de la candidatura. La recurrente en amparo alega que la sentencia de instancia, que revocó el laudo arbitral por el que se anularon las elecciones sindicales y declaró válida su candidatura, vulneró sus derechos a la libertad sindical y la igualdad ante la ley, al dar por buena su exclusión como candidata, con el argumento de que a la fecha de presentación de las candidaturas ya había sido despedida, sin tener en cuenta que ese despido había sido ya impugnado ante la jurisdicción social en la que además, se decretó su nulidad. Se estima que el juzgado debió considerar la incidencia que podía tener en su decisión el resultado de la impugnación del despido de la actora, habida cuenta que se alegaban indicios de discriminación sindical, pues el móvil del despido no era otro que la decisión empresarial de impedir que la recurrente fuese elegida en las elecciones, al no adoptar ninguna medida que salvaguardase la eventualidad de que ese despido fuese declarado nulo por vulnerar el derecho de libertad sindical ( Const art.28.1 ; TCo 44/2001 ).

**7559** Al admitir la demanda, debe acordarse **recabar** de la oficina pública **texto del laudo arbitral**, así como copia del **expediente administrativo** relativo al proceso electoral. La documentación referida debe ser enviada por el requerido dentro del día siguiente.

La sustanciación de este proceso **no suspende el desarrollo del procedimiento electoral**, salvo que se acuerde motivadamente por el juez, a petición de parte, caso de concurrir causa justificativa ( LRJS art.132.1.c) y art.180 ).

**7561 Efectos de la sentencia**

En los supuestos en los que el laudo hubiese declarado la **nulidad del proceso electoral**, la sentencia que resuelva sobre la impugnación del laudo puede:

- confirmar el laudo y, por tanto, la declaración de nulidad del proceso electoral;
- revocar el laudo, con la consiguiente validez del proceso electoral anulado por el laudo.

En cambio, en el supuesto en el que el laudo hubiese establecido la **validez del proceso**, la sentencia que revoque el laudo conlleva la declaración de nulidad del proceso con la posibilidad de apertura de un nuevo periodo para promover elecciones.

En los motivos de impugnación, cuando en el contenido del laudo se aprecie una **actuación «ultra vires»**, el juez puede anular parcialmente el laudo, en aquellos supuestos en los que los aspectos no sometidos al arbitraje o que, de haberlo sido, no puedan ser objeto del mismo tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal ( LRJS art.128.b ).

Finalmente, cuando el laudo se haya pronunciado sin que el árbitro haya concedido a las partes la oportunidad de ser oídas o de presentar pruebas, la sentencia debe declarar la **nulidad del laudo** por defectos graves de procedimiento, supuesto en el que correspondería ordenar se reponga el procedimiento arbitral al momento en que se produjo el defecto.

Cuando el demandante hubiera sido la empresa y el juez apreciase que la demanda tenía por objeto **obstaculizar o retrasar el proceso electoral**, la sentencia que resuelve la pretensión impugnatoria puede imponer una sanción ( LRJS art.132.2, 75.4 y 97.3 ).

## 2. Conciliación administrativa o mediación previas

**7565** En cuanto a su **naturaleza jurídica** debe tenerse en cuenta que la conciliación constituye:

En primer lugar un **trámite** no procesal, sino **preprocesal**, con vistas a obtener una solución sin la intervención judicial, limitándose la actividad del letrado conciliador, funcionario público del servicio administrativo correspondiente, a la mediación, quien carece de toda facultad de control sobre el contenido de lo acordado por parte de los conciliados, así como de competencia para aprobar o desaprobar lo pactado, sin que tampoco en esta vía administrativa esté legalmente prevista la posibilidad de aprobación o desaprobar por parte de ningún órgano jurisdiccional ( TS 26-12-02, EDJ 63110 ). No obstante, y aun tratándose de una actividad no procesal, su extensión y límites sí vienen determinados por los propios de la Jurisdicción Social.

Si **finaliza con acuerdo o avenencia**, una transacción, un contrato que plasma el acuerdo de las partes y su consecución mediante concesiones recíprocas, o en palabras del CC, «un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito» ( CC art.1809 ). Este carácter de contrato transaccional puede observarse además en la regulación de la impugnación de lo acordado en la conciliación por las causas que invaliden los contratos ( LRJS art.67 ).

De **finalizar la conciliación sin avenencia**, queda abierta la posibilidad de acudir al proceso y constituye un requisito procesal, en aquellos procesos en los que se exija conciliación previa. El intento de conciliación, gratuito para las partes, constituye, por tanto, un requisito previo y obligatorio para la tramitación de casi todos los litigios en el orden social ( LRJS art.63 ).

### Precisiones

**1)** Se incluye en este punto, expresamente, a los **trabajadores autónomos** dependientes al constituir requisito previo para la tramitación de acciones judiciales, el intento de conciliación o mediación ante el órgano administrativo que asuma estas funciones ( L 20/2007 art.18.1 ).

**2)** Se trata de un genuino **presupuesto procesal** para la admisión de la demanda ( LRJS art.63 ), como tal apreciable de oficio por el juez. Estamos ante intento conciliatorio que constituye un presupuesto del proceso mismo y por tanto es un requisito esencial, juntamente con la demanda para constituir válidamente la relación jurídico-procesal ( TS 3-7-01, EDJ 31247 ).

**3)** Se trata de un presupuesto del proceso que acaba integrándose en él, por lo que, no solo interrumpe la prescripción respecto del empresario deudor, sino que también ese ha atribuido la misma eficacia en relación con el **FOGASA**, pues aceptar la solución contraria, es decir, la carencia de efectos de la papeleta de conciliación respecto al Fondo de Garantía Salarial, acabaría conduciendo al absurdo de eximirlo de responsabilidad en todas las causas de despido en las que la demanda se hubiera interpuesto después de la conciliación y cuando ya habían transcurrido 20 días desde la fecha del despido ( TS 22-4-02, EDJ 27160 ).

**7566** Si a la **demanda** no se acompaña certificación del acto de conciliación o mediación previa, o de la papeleta de conciliación o de la solicitud de mediación, de no haberse celebrado en plazo legal, el letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de resolver sobre la admisión y proceder al señalamiento, debe advertir al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, con apercibimiento de archivo de las actuaciones en caso contrario, quedando sin efecto el señalamiento efectuado ( LRJS art.81.3 ). Por tanto, ha de concederse a las partes un plazo de subsanación de contados a partir 15 días.

Finalmente, la conciliación y mediación previas ( LRJS art.63 a 68 ) como requisito preprocesal, conviven en el proceso laboral, como se puede comprobar en la fase oral, con la **conciliación judicial procesal** que se lleva a cabo en el seno del proceso laboral ( LRJS art.82 a 84 ), y que corresponde al letrado de la Administración de Justicia según la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la oficina judicial ( L 13/2009 ).

**7568** Órgano de conciliación

La **tramitación** de la conciliación se lleva a cabo ante funcionario del servicio que ostente la condición de licenciado en Derecho.

El acto de conciliación se celebra ante el **servicio administrativo** estatal o de la comunidad autónoma correspondiente, o bien ante el órgano que para asumir estas funciones pueda crearse convencionalmente mediante los **acuerdos interprofesionales** o los convenios colectivos ( ET art.83 ), esto es, de ámbito estatal o autonómico, así como los acuerdos de interés profesional ( L 20/2007 art.13 ).

#### 7570 Objeto

(LRJS art.63, 64 y 83 ; L 20/2007 art.18.1)

En principio, la conciliación o mediación previa, es obligatoria en todos los conflictos jurídicos, individuales y colectivos.

Se incluye a los **trabajadores autónomos dependientes** como requisito previo para la tramitación de acciones judiciales en relación con el régimen profesional de estos trabajadores.

Quedan **excluidos** de la regla general de obligatoriedad de la conciliación o mediación los **siguientes procesos** ( LRJS art.64 ):

- a) Los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa;
- b) Los que versen sobre prestaciones de **Seguridad Social** frente a las entidades gestoras y servicios comunes y entidades colaboradoras. La razón que explica esta opción excluyente del trámite de conciliación previa estriba en el carácter no transaccional de los derechos de la Seguridad Social ( LGSS art.27 ).
- c) Los relativos a la impugnación del **despido colectivo** por los representantes de los trabajadores.
- d) Los relativos al **disfrute de vacaciones**, si bien solo quedan exceptuados aquellos objeto de la modalidad procesal de fijación de vacaciones ( LRJS art.125 y 126 ), y no cuando la controversia acerca de las vacaciones se tramita por la vía del conflicto colectivo, dado que sí se exige como requisito para la tramitación de los procesos de conflictos colectivos un intento de conciliación previa ( LRJS art.156.1 ; TSJ País Vasco 24-1-95, Rec 2525/94 ). Sin embargo, no están exentas las cuestiones referidas a su retribución.
- e) La **materia electoral**, igualmente excluida del trámite de conciliación previa en relación con el proceso especial en materia electoral ( LRJS art.127 s. ), por el que cabe tramitar la impugnación de los laudos arbitrales dictados en materia electoral y la impugnación de la resolución administrativa que deniega el registro de las actas electorales presentadas a depósito. La justificación de la exención de conciliación previa reside en el carácter urgente con que se dota también a este proceso ( LRJS art.32 ). A lo anterior habría que añadir que ya la materia electoral está sujeta a un arbitraje electoral obligatorio ( ET art.76.1 ; LRJS art.127.2 ) que, al fin y al cabo, constituye el trámite preprocesal.

#### Precisiones

Hasta la aprobación de la LRJS se ha considerado que, es necesaria la conciliación previa en el acto de **promoción de las elecciones (o preaviso)**, como consecuencia de no poder calificarse en puridad de materia electoral ni haberse incluido expresamente su tramitación en la modalidad procesal de dicho nombre. No obstante, legalmente se establece el necesario sometimiento a laudo arbitral de todas las impugnaciones relativas al proceso electoral desde la promoción de las elecciones, incluida la validez de la comunicación a la oficina pública del propósito de celebrar las mismas, así como todas las actuaciones electorales previas y posteriores a la constitución de la mesa electoral y las decisiones de esta, y la atribución de los resultados, hasta la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral ( LRJS art.127 ).

- 7571 f) Los procesos relativos a **movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada** por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
- g) Los de **derechos de conciliación** de la vida personal, familiar y laboral ( LRJS art.139 ), dada la urgencia en la tramitación de sus acciones.
  - h) Los iniciados **de oficio** ( LRJS art.148 a 150 ).
  - i) Los de impugnación de **convenios colectivos** ( LRJS art.163 a 166 ).
  - j) Los de impugnación de los **estatutos de los sindicatos** o de su modificación ( LRJS art.167 a 176 ).
  - k) Los de **tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas** ( LRJS art.177 a 184 ) no obstante, algunos pronunciamientos consideran que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente mediante

una rigorista interpretación del acto de conciliación como presupuesto procesal, en un proceso en el que se discutía la presunta lesión de un derecho fundamental ( TCo 81/1992 ).

l) Los procesos de anulación de **laudos arbitrales**, los de impugnación de **acuerdos de conciliaciones**, de **mediaciones** y de **transacciones**.

m) Ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos para la protección integral contra la **violencia de género** ( LO 1/2004 );

También están exceptuado del requisito de la conciliación administrativa previa aquellos procesos en los que siendo parte demandada el **Estado u otro ente público** también lo fueran **personas privadas**, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa y en este pudiera decidirse el asunto litigioso ( LRJS art.64.2 a ) así como:

- las cuestiones contenciosas que se susciten entre las **cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores** por su condición de tales ( L 27/1999 art.87. 1 y 3 ).

- ante una **ampliación de demanda o nueva demanda** frente a personas distintas de las inicialmente demandadas ( LRJS art.64.2 b ) como puede suceder en todos aquellos supuestos en los que, en cualquier momento del proceso, después de haber dirigido la papeleta o la demanda contra personas determinadas, fuese necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas; en estos casos ya se habrá intentado la conciliación con las personas inicialmente demandadas. Estas personas no pueden alegar indefensión por el hecho de no haberse intentado con ellas la conciliación prejudicial, dado que nada impide que, si lo desean, puedan llegar a un acuerdo con el demandante en el acto de conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia previo a la vista o posteriormente en el curso del proceso ante el órgano judicial. Al no existir indefensión la falta de intento de la conciliación previa no sería causa de nulidad de las actuaciones.

En los litigios en los que el trámite de conciliación resulte preceptivo su **omisión** constituye, un defecto procesal que ha de ser subsanado ( LRJS art.81.3 ). Si a la demanda no se acompañara certificación del acto de conciliación o mediación previa, o de la papeleta de conciliación o de la solicitud de mediación, o de no haberse celebrado en plazo legal, el letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de resolver sobre la admisión y proceder al señalamiento, debe advertir al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, con apercibimiento de archivo de las actuaciones en caso contrario, quedando sin efecto el señalamiento efectuado ( TCo 69/1997 ; 199/2001 ).

#### 7573 Procedimiento y efectos (LRJS art.65.)

El solicitante, en el mismo plazo previsto para la presentación de la demanda, debe presentar la papeleta de conciliación ante el órgano administrativo encargado de realizar tal labor, y la **presentación de la solicitud** de conciliación suspende el cómputo de los plazos de caducidad e interrumpe el cómputo de los plazos de prescripción, salvo incomparecencia del solicitante.

Se eleva a rango legal la doctrina casacional unificada respecto al no cómputo de los **sábados** a lo largo del período de 15 días de interrupción de la caducidad ( LRJS art.65 ; TS unif doctrina 21-12-09, EDJ 321836 ) y de los treinta de duración máxima.

El efecto interruptivo de la **prescripción** termina cuando se celebra la conciliación sin avenencia o también, cuando, a pesar de no haberse celebrado el acto conciliatorio, han transcurrido 30 días, dado que la omisión del acto durante este plazo produce el efecto de tener por terminado el procedimiento y cumplido el trámite ( TS 2-12-02, EDJ 61474 ).

El cómputo de la **caducidad** se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación, o transcurridos 15 días hábiles de su presentación sin que se haya celebrado. En todo caso, transcurridos 30 días sin celebrarse el acto de conciliación, se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite. La suspensión o la interrupción de los plazos se produce aun cuando la presentación se haya realizado ante un órgano incompetente territorialmente ( TCo 58/2002 ).

#### 7574 Papeleta de conciliación

La papeleta de conciliación, constituye un escrito muy simple, de contenido y estructura similar a la demanda que **debe contener** los datos personales de quien o quienes solicitan la conciliación con sus respectivos domicilios, lugar de trabajo, categoría profesional, antigüedad en la empresa, salario y, en su caso, otras retribuciones, y la enumeración clara de los hechos sobre los que verse la pretensión, y de proceder su cuantía económica, y de tratarse de despido su fecha y motivos; debiendo la demanda/papeleta incorporar la petición a la otra parte y la solicitud de celebración del acto de conciliación.

Tras la presentación de la papeleta, original y dos copias, y una más por cada demandado, en el registro del organismo correspondiente, este, devuelve una de las copias sellada y firmada y **cita a las partes** al acto de conciliación señalando día y hora. La citación a los demandados se realiza por correo certificado con acuse de recibo,

telegrama o cualquier otro medio del que quede la debida constancia. La fecha de celebración debería fijarse no más tarde de 15 días en las acciones sujetas a plazo de caducidad, y no más tarde de 30 en las restantes ( LRJS art.65 ).

### 7575 **Obligatoriedad del acto de conciliación**

(LRJS art.66.1.2.3)

La asistencia al acto de conciliación es obligatoria, por sí o por medio de representante, para los litigantes.

La **ausencia del solicitante**, sin mediar justa causa, provoca el archivo de las actuaciones ( TS 17-2-99, EDJ 6058 ). Los mismos efectos se producen de no presentarse ninguna de las dos **partes**. En caso de mediar justa causa para la incomparecencia del demandante, se puede proceder a una segunda citación.

La **incomparecencia de la parte demandada**, que se hace constar expresamente en la certificación del acta de conciliación, trae aparejado el efecto de tener la conciliación o mediación por intentada sin efecto ( LRJS art.66.3 ). En tal caso, procede la imposición de las costas, incluidos los honorarios, hasta el límite de 600 euros cuando la sentencia coincida esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación.

### 7576 **Intervención del letrado conciliador**

(RD 2756/1979 art.10)

El letrado conciliador trata de aproximar las posturas de las partes.

Abierto el acto, el letrado conciliador, después de **llamar a las partes**, que pueden acudir acompañadas de un hombre bueno, debe comprobar su identidad, capacidad y representación y, previa ratificación del solicitante, les concede la palabra para que expongan sus pretensiones y las razones en que se fundan, siendo facultativa la exhibición de documentos y otros justificantes. Seguidamente, invita a los interesados a que lleguen a un **acuerdo**, con el auxilio, en su caso, de los hombres buenos, concediéndoles cuantas intervenciones sean pertinentes a tal fin, y pudiendo sugerirles soluciones equitativas.

Debe mantener el orden en la discusión, con facultad de darla por terminada, tanto en caso de alteración de aquel como en el de imposibilidad de llegar a un acuerdo, teniendo en ambos supuestos por celebrado el **acto sin avenencia**. Dadas las facultades del letrado, que puede **sugerir soluciones equitativas**, y la posibilidad de auxilio de hombres buenos, la actividad se halla más próxima a la mediación que a la conciliación.

### 7577 **Finalización y efectos de la conciliación**

La conciliación puede terminar con o sin avenencia:

**1)** Intentada **sin acuerdo**, los intervinientes tienen abierta la vía judicial para dirimir sus diferencias, aun cuando nunca pueden invocar hechos distintos a los aducidos en la conciliación ( LRJS art.80.1 c ), siendo importante la coincidencia de lo solicitado en conciliación o mediación previas y en la posterior demanda, dado que el proceso judicial posterior ha de resolver los extremos objeto de debate, esto es tanto los hechos que se desprendan de la demanda como del acto conciliatorio previo ( TSJ Cataluña 28-6-07, EDJ 136968 ). No obstante, como regla general, las ofertas de acuerdo propuestas por las partes en la negociación no vinculan a las mismas si no llegan a plasmarse en un acuerdo aceptado por la otra parte.

**2)** En el supuesto de terminar con resultado positivo, **con avenencia**, el acuerdo contenido en el acta adquiere fuerza ejecutiva, sin necesidad de ratificación ante el órgano judicial, y con valor, por tanto, de cosa juzgada ( LRJS art.68 ; TS 8-3-06, EDJ 37450 ; 25-9-07, EDJ 184528 ), siendo el trámite de ejecución el cauce procesal adecuado para su ejecución.

### 7579 **Impugnación del acuerdo**

(LRJS art.67)

Lo acordado en conciliación, puede ser impugnado, tanto por cualquiera de las **partes**, como por **terceros** que pudieran sufrir algún perjuicio o por los posibles perjudicados por la ilegalidad o lesividad del acuerdo. La impugnación se realiza ante el **juzgado o tribunal competente** para conocer del asunto objeto de la conciliación o de la mediación, por medio del ejercicio de la **acción de nulidad** por las causas que invalidan los contratos, esto es, cuando no concurren o estén viciados, el consentimiento, objeto o causa del pacto (CC art.1265 a 1275 ).

Al no existir un procedimiento especial asociado a esta cuestión se sigue el procedimiento ordinario.

El plazo de **caducidad** es de 30 días hábiles -excluidos sábados, domingos o festivos- desde que:

- las partes celebraron la conciliación;
- los terceros perjudicados conocieron el acuerdo.

Es necesario destacar de la regulación en materia de impugnación de la conciliación y mediación previas, en primer lugar, el reconocimiento expreso de la **legitimación de terceros** para ello, por ilegalidad o lesividad lo que, obviamente, se conecta tanto con las nuevas particularidades de impugnación de laudos, como con el nuevo régimen regulador del FOGASA; y, en segundo lugar, la **exclusión de sábados, domingos y festivos** en el plazo de 30 días para proceder a dicha impugnación, lo que conlleva, como expresamente se reconoce, su carácter de días hábiles.

### 3. Reclamación administrativa previa y agotamiento de la vía administrativa previa

(LRJS art.69, 70 y 151.2)

**7583** Desde el 2-10-2016 ( L 39/2015 disp.final.3ª ) ha **desaparecido** con carácter general la institución de la reclamación administrativa previa, salvo en el proceso especial de Seguridad Social (nº 8352 ) y en el proceso especial de reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido (nº 8213 ). Por otro lado, en el procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social se exige el previo agotamiento de la vía administrativa conforme a las normas de la legislación de procedimiento administrativo (LRJS art.69 y 151.2 ).

Desde el 2-10-2016, la **situación** es la **siguiente**:

**a)** Las demandas en materia de **prestaciones de Seguridad Social** y las reclamaciones al **Estado del pago de salarios de tramitación** en juicios por despido deben ir precedidas por una reclamación previa en vía administrativa, salvo cuando se trate de impugnar las resoluciones administrativas expresadas en las que se acuerde el alta médica emitidas por los órganos competentes de las entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación de incapacidad temporal ( LRJS art.71.1 ).

**b)** Las demandas dirigidas a la **impugnación de actos administrativos** en materia laboral y de Seguridad Social exigen haber agotado la vía administrativa previa mediante la interposición de los recursos administrativos que procedan (LRJS art.69 y 151.2 ). Sin embargo no se exige el agotamiento de la vía administrativa previa en los casos de las demandas de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical ( LRJS art.70 ) y en los de las demandas interpuestas por una Administración para impugnar un acto administrativo de otra Administración ( LJCA art.44 ; LRJS art.151.2 ).

**c)** Todas las demás demandas frente al **Estado, comunidades autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público** con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes se deben interponer directamente ante los órganos de la jurisdicción social dentro de los plazos de prescripción o caducidad que en cada caso correspondan, sin necesidad de cumplimentar ningún requisito preprocesal. Si bien, en este supuesto, una tesis minoritaria defiende que debe intentarse previamente la conciliación administrativa de LRJS art.63; y una tesis también minoritaria defiende que ahora debe agotarse la vía administrativa mediante los recursos administrativos que procedan, lo que pudiera encontrar apoyo en la redacción de la LRJS art.69.3, que regula el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido dentro de la regulación del agotamiento de la vía administrativa.

**7585** La supresión de la reclamación administrativa previa ha generado varias **dudas**. Al respecto, la Abogacía General del Estado ha publicado una Comunicación Laboral (67/2016), con naturaleza interpretativa, ofreciendo respuestas a las mismas en el **sentido siguiente**:

**1.** En los casos en los que previamente se exigía la **reclamación administrativa previa**, no se sustituye la reclamación previa por el agotamiento de la vía administrativa previa por vía de recursos administrativos, ya que estos solamente son aplicables a la impugnación de «actos administrativos». Sin embargo, las demandas que hasta el pasado 2 de octubre exigían como requisito la reclamación previa eran las fundadas en Derecho laboral, es decir, aquellas en las que Administración había actuado como empleador privado, desprovista de toda potestad administrativa, por lo que no estamos ante la impugnación de actos administrativos, sino de actos de Derecho privado que tienen a la Administración como sujeto. Cuando la Administración actúa como empresario sus actos no están sujetos al derecho administrativo, sino al derecho laboral, como los de cualquier otro empresario ( TS 8-10-09, EDJ 338486 ). Y al no estar sujetos al Derecho administrativo, es claro que no le son de aplicación las previsiones para la revisión de los actos administrativos.

**2.** Respecto a si se sustituye la reclamación previa por el intento de **conciliación**, si bien el texto de la LRJS puede suscitar dudas, no se sustituye tomando en consideración que la supresión de la reclamación administrativa previa tiene por objeto la simplificación de trámites y considerando además la prohibición de transacción y arbitraje sobre los derechos de la Hacienda Pública o la Seguridad Social.

Como reconoce la Comunicación de la Abogacía General del Estado, la LRJS suscita dudas, puesto que LRJS art.64.1 solamente exceptúa de la obligatoria conciliación administrativa previa a los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa y otros supuestos concretos que enumera, entre los cuales no están los que tengan como parte demandada a la Administración. Sin embargo, ya anteriormente la jurisprudencia, en determinados supuestos excluidos de reclamación administrativa previa y no enumerados expresamente, había excluido la obligatoriedad de la conciliación fundándose en la prohibición de que la Administración transija sobre sus derechos. Así la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo excluye de la obligación del intento previo de conciliación aquellos conflictos colectivos en que la parte demandada sea un ente público ( TS 29-12-99, EDJ 43452 ).

Por tanto parece que, siguiendo esa interpretación tradicional, la supresión de la reclamación administrativa previa no supone la sumisión del pleito a conciliación administrativa previa, sino la exclusión de todo intento preceptivo previo de evitación del proceso cuando la parte demandada sea una Administración pública, incluso si la demanda se dirige también frente a otros sujetos privados.

| SECCIÓN 2

## Proceso ordinario y procedimiento monitorio

7650	<b>I. Proceso ordinario</b>	7651
	A. Tramitación previa	7655
	1. Actos preparatorios y diligencias preliminares	7655
	2. Anticipación y aseguramiento de la prueba	7660
	3. Medidas cautelares y embargo preventivo	7665
	B. Demanda	7675
	1. Estructura y requisitos	7677
	2. Presentación, admisión a trámite y subsanación de defectos	7685
	3. Señalamiento de los actos de conciliación y juicio	7695
	C. Juicio o vista oral	7700
	1. Suspensión de los actos de conciliación y juicio	7705
	2. Incomparecencia de las partes	7707
	3. Conciliación judicial	7709
	4. Juicio oral	7711
	a. Alegaciones de las partes	7713
	b. Prueba	7725
	c. Último intento conciliatorio	7745
	d. Conclusiones	7749
	5. Documentación del acto del juicio	7751
	6. Diligencias finales	7753
	D. Sentencia	7760
	<b>II. Proceso monitorio</b>	7770
	A. Objeto	7772
	B. Procedimiento	7774
	C. Recursos	7785

### I. Proceso ordinario

(LRJS art.76 a 101 )

**7651** El proceso ordinario, incluyendo el proceso monitorio para ciertas reclamaciones, resuelve todos los litigios planteados ante el orden social para los que la ley no establece una modalidad procesal específica. Constituye la base de todo el proceso, y recoge las reglas generales del mismo que se aplicarán al resto de modalidades procesales salvo que se exceptúe expresamente ( LRJS art.102.1 )

La **determinación de la modalidad procesal** adecuada para cada tipo de pretensión es una cuestión de orden público procesal, ya que aunque en la demanda debe indicarse la modalidad a través de la cual se entiende que debe tramitarse la pretensión ( LRJS art.80.1.a ), esta indicación no vincula al órgano jurisdiccional quien, si advierte la inadecuación de procedimiento, podrá dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas. No procede el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada ( LRJS art.102.2 ).

## A. Tramitación previa

### 1. Actos preparatorios y diligencias preliminares

(LRJS art.76 y 77 ; LEC art.256)

**7655** Con carácter previo a la interposición de la demanda, ya en sede procesal, pueden realizarse algunas actuaciones dirigidas a preparar la acción o la defensa de cualquiera de las partes. Son actuaciones facultativas, que pueden ser propuestas por las partes y aceptadas o no por el juez. Además, no constituyen una lista cerrada por lo que resultan de aplicación también las diligencias previstas en la LEC para la litigación civil (nº 4025 s. ).

La LRJS no dice nada sobre cómo ha de llevarse a cabo la práctica de esta diligencia, ni sobre el modo de llevarse a cabo la solicitud, ni se determina el órgano competente para llevarla a la práctica, por lo que debe estimarse aplicable lo dispuesto con carácter subsidiario en la LEC.

Las diligencias preliminares pueden ser:

1. **Examen mediante declaración de la parte a la que se pretende demandar.** Quien pretenda demandar puede solicitar que aquel contra quien se propone dirigir la demanda preste declaración sobre algún hecho relativo a su personalidad, capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el juicio. Se utiliza fundamentalmente para determinar la legitimación pasiva o una situación litisconsorcial y suele consistir en un interrogatorio aunque también se puede solicitar la aportación de algún documento.

2. **Determinación de sujetos.** También puede solicitarse a través de esta vía la determinación del empresario o integrantes del grupo empresarial, de los socios o miembros de un ente sin personalidad, o bien de las personas que hayan concurrido con la persona a la que se pretende demandar en la producción de un daño o en su aseguramiento. Igualmente se puede solicitar, cuando se trate de intereses colectivos, la identificación de los integrantes de un grupo de afectados cuando sean fácilmente determinables, pudiendo requerirse incluso en este supuesto la colaboración del demandado.

3. **Exhibición previa de documentos.** Puede solicitarse la consulta de libros, cuentas o documentos cuando su examen resulte imprescindible para la elaboración de la demanda o para su oposición, lo que implica que el demandado, o quien prevé serlo, también puede realizar esta diligencia. Si se trata de libros contables, el interesado puede acudir acompañado de un experto, que estará sometido al deber de secreto contable. El juez debe resolver en un auto dentro del segundo día desde la presentación de la solicitud sobre la forma de realizar el examen de los documentos, procurando que resulte lo menos gravosa posible y que los documentos no salgan fuera del poder de su titular. Para ello, puede disponer que se facilite al interesado una copia, preferentemente en soporte electrónico, que pueda ser cotejada con los originales. Este examen puede solicitarse también durante el proceso por cualquiera de las partes siempre que no dé lugar a la suspensión del acto del juicio, con una antelación de 5 días, salvo que el señalamiento del juicio deba hacerse en un plazo menor, que entonces será de 3 días.

4. A solicitud de la Inspección de Trabajo o de la Administración laboral se puede conceder **autorización judicial** para la inspección de un centro de trabajo cuando este coincidiese con un domicilio particular, si el titular se opusiere o existiese riesgo de oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas ( LRJS art.76.5 ).



- 1) Cuando la realización de una diligencia pueda afectar a la **intimidad u otro derecho fundamental** y no medie consentimiento del afectado, el juzgado debe valorar la admisión de dicha diligencia ponderando los intereses en conflicto de acuerdo con los criterios establecidos para la admisión de pruebas ( LRJS art.90.4, 5 y 6 ).
- 2) Aunque la ley no lo prevé expresamente, algunos tribunales han admitido que la interposición de las **diligencias preliminares** interrumpe la prescripción ( TSJ Cataluña 7-5-01, EDJ 29175 ).
- 3) Contra la resolución judicial denegando la práctica de estas diligencias no cabe **recurso** alguno, sin perjuicio del que en su día pueda interponerse contra la sentencia.

## 2. Anticipación y aseguramiento de la prueba

(LRJS art.78 y 79; LEC art.293 a 298 )

7660 Las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba, si bien son diligencias previas al juicio no son, sin embargo, preparatorias del mismo, sino que tienen una naturaleza jurídica muy distinta de los actos preparatorios, en tanto que prevén la posibilidad de que quien pretenda presentar una demanda judicial o presuma que va a ser demandado pueda adelantar la práctica de un medio de prueba en algunos casos. Es decir, son medios de prueba practicados en tiempo inusual que tienen, en cualquier caso, una misma naturaleza jurídica.

La anticipación de la prueba **puede solicitarse** ( LEC art.293.1 ; LRJS art.78.2 ):

### a) En momento anterior a la demanda:

La prueba anticipada puede ser solicitada tanto por el demandante como el demandado que presuma va a serlo, y ello porque de lo que se trata no es de preparar la demanda sino de preparar la prueba necesaria para un juicio futuro. Se prevé la posibilidad de adelantar la práctica de cualquier medio de prueba, no limitándose a la posibilidad de anticipar la prueba testifical.

La práctica de la prueba solo puede solicitarse antes del juicio cuando se den las circunstancias previstas, pues se trata de asegurar un medio de prueba ante la posibilidad de que el día del juicio no pueda practicarse. Esta diligencia va seguida de la presentación de la demanda y no se otorga valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpone en el plazo de 2 meses desde que se practicó la prueba anticipada, salvo que se acredite que por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de plazo ( LEC art.295.3 ).

### b) Una vez iniciado el proceso:

La propuesta de prueba anticipada puede realizarse por las partes igualmente una vez iniciado el proceso, siempre que no dé lugar a la suspensión del acto del juicio. El juez decide sobre su práctica conforme a la norma que regule el medio de prueba correspondiente y teniendo en cuenta, en último término, las previsiones generales de la LEC. Cada vez es más frecuente que se solicite en la misma demanda la práctica anticipada de pruebas y en muchos casos la puesta a disposición de la parte de dicha prueba con anticipación al día del juicio oral, principalmente en los casos en que es especialmente voluminosa o complejo. Esta práctica se está generalizando en algunos tribunales, que incluso han establecido como criterio general que las partes presenten toda la prueba con anticipación, sin perjuicio de que su valoración se realice en el acto del juicio.

Ha de tenerse en cuenta que en la demanda cabe solicitar **diligencias de preparación de la prueba** a practicar en el juicio o de diligencias de anticipación o aseguramiento de la prueba, el juez resuelve lo procedente, debiendo notificarse la decisión junto con la de admisión a trámite de la demanda y la notificación del señalamiento ( LRJS art.81.4 ).

Contra la **resolución denegatoria** del juez no cabe recurso, sin perjuicio del que se interponga contra la sentencia ( LRJS art.78 ), pudiendo ser causa de nulidad de actuaciones si la denegación genera indefensión ( TSJ Madrid 28-3-07, EDJ 46672 ; TSJ Cataluña 27-12-05, EDJ 273219 ).

## Precisiones

Respecto del **incumplimiento de la presentación de la prueba en el plazo**, se ha defendido que, aunque se ordenara la anticipación de la prueba documental o pericial, no precluye el derecho a presentarla en el acto del juicio, permitiendo, en su caso, alegaciones escritas sobre dicha prueba, para asegurar el principio de igualdad de armas ( TS 2-12-14, EDJ 253972 ; 18-11-15, EDJ 253747 ), aunque la falta injustificada de aportación, posibilita que el órgano judicial imponga el correspondiente apremio pecuniario ( TS 14-7-16, EDJ 145507 ).

## 3. Medidas cautelares y embargo preventivo

**7665** Pueden solicitarse cualquiera de las medidas cautelares que, con carácter general, recoge la LEC para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia. El juez debe resolver sobre su procedencia previa audiencia de las partes, si bien podrá asegurarse la efectividad de las medidas propuestas sin el cumplimiento de este trámite cuando el interesado así lo solicite y acredite que concurren razones de urgencia, o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar.

Las medidas cautelares pueden solicitarse desde la presentación de la demanda en cualquier momento a lo largo del proceso y se mantienen en tanto en cuanto cumplen su finalidad instrumental de aseguramiento.

#### Precisiones

**1)** Cuando el proceso verse sobre la impugnación de actos de la **Administración pública** en materia laboral - también en Seguridad Social- debe tenerse en cuenta igualmente lo dispuesto en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ( LJCA art.129 a 136 ).

**2)** Los trabajadores, beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social, sindicatos y asociaciones representativas de trabajadores autónomos económicamente dependientes están **exentos** de la prestación de **cauciones, garantías e indemnizaciones** relacionadas con las medidas cautelares que pudieran adoptarse.

**3)** En reclamaciones derivadas de **accidente de trabajo y enfermedad profesional**, así como en aquellas referidas a resoluciones de la autoridad laboral sobre paralización de trabajos por riesgo para la salud o responsabilidad empresarial por enfermedades profesionales por falta de reconocimientos médicos, podrá acordarse requerir al empresario para que facilite el documento acreditativo de la cobertura del riesgo. Si no lo hace, se podrá adoptar el embargo preventivo o cualquier otra medida cautelar.

**4)** En los procesos en los que se ejercita la acción de **extinción del contrato por iniciativa del trabajador** ( ET art.50 ) cuando se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o integridad física del trabajador puede decretarse la suspensión de la prestación de servicios, manteniéndose el deber empresarial de cotización a la Seguridad Social y pago de salarios. En este sentido, se ha permitido en alguna ocasión la extinción anticipada sin necesidad de solicitar medidas cautelares ( TS 23-2-16, EDJ 35171 ).

#### **7670** Embargo preventivo

El embargo preventivo es la más común de las medidas cautelares adoptadas en el orden social. Tiende a asegurar las posibles condenas que se resuelvan con la entrega de una cantidad económica, en metálico o en especie. Supone la afección de bienes al proceso, de forma que, tras la sentencia, puedan utilizarse dichos bienes para cubrir lo reclamado en la demanda más el importe de las costas de ejecución. El embargo puede ser decretado por el órgano judicial de oficio o a instancia de parte interesada. Los **requisitos** que se exigen para que se acuerde el embargo son los siguientes:

a) **Apariencia de buen derecho**, esto es, que la demanda que se plantea en el proceso tiene apariencia de que podría prosperar sin que ello implique prejuzgar el resultado final.

b) **Peligro en el retardo** o «**periculum in mora**», lo que supone que los bienes podrían desaparecer durante la tramitación del proceso, comprometiendo la ejecución de la sentencia. La norma establece que procede el embargo cuando el demandado realice actos de los que pueda presumirse que pretende situarse en estado de insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia. Y, en este sentido, el juez podrá citar en audiencia al solicitante del embargo para que justifique, a través de documentos o de cualquier otro medio de prueba, la situación.

La **solicitud** puede realizarla el demandante pero también posibles responsables subsidiarios, el demandado cuando reconvenga, o el **FOGASA** en los casos en que pueda derivarse responsabilidad para él. La solicitud de embargo preventivo puede ser **presentada** en cualquier momento del proceso antes de la sentencia, sin que por ello se suspenda el curso de las actuaciones.

## B. Demanda

(LRJS art.80, 81 y 82)

**7675** La demanda es el acto de parte que da inicio al proceso y en el que se expone la pretensión cuya tutela judicial se solicita. Mediante la demanda se ejercita el derecho de acción y se solicita del juez un acto de tutela jurídica frente al demandado, ejercitando una concreta pretensión.

Considerando la naturaleza esencialmente oral del proceso laboral, la pretensión, aunque se ejercita plena y definitivamente con la demanda, admite algunas variaciones posteriores siempre que estas no sean sustanciales,

tanto al ratificar la demanda en el juicio como incluso más tarde en el trámite de conclusiones, en la medida admitida por la ley ( LRJS art.85.1 ).

## Precisiones

1) La demanda debe presentarse por **escrito** ( LRJS art.80 ) en castellano o en la lengua que sea también oficial en la comunidad autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales ( LEC art.142.3 ). A este respecto, se establece que a todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad autónoma, debe acompañarse su traducción, siendo válida la traducción privada, salvo que se impugne. En caso de que alguna de las partes la impugne, el letrado de la Administración de Justicia- ordenará la traducción oficial ( LEC art.144 ).

2) Para la elaboración de la demanda pueden utilizarse los **formularios** y procedimientos facilitados por la oficina judicial donde deba presentarse esta.

### 1. Estructura y requisitos de la demanda

(LRJS art.80)

7677 La demanda consta de las siguientes partes:

- encabezamiento (nº 7678 );
- hechos (nº 7679 );
- fundamentos de Derecho (nº 7680 );
- suplico (nº 7681 ).

### 7678 Encabezamiento

En el encabezamiento de la demanda deben constar los siguientes extremos:

**a)** Designación del **órgano ante quien se presenta** la demanda (nº 7508 s. ).

**b) Modalidad procesal** a través de la cual se entienda que debe ejercitarse la pretensión. Como se ha señalado, se trata de una decisión de la parte actora que no vincula al órgano jurisdiccional quien, si advierte la inadecuación de procedimiento, podrá dar al asunto la tramitación que corresponda de acuerdo a la naturaleza de la pretensión ( LRJS art.102.2 ).

**c)** Designación del **demandante**, con indicación del DNI o del número y tipo de identificación de los ciudadanos extranjeros y, en su caso, de su representante debidamente apoderado.

Si el demandante litiga por sí mismo, debe facilitar un **domicilio completo**, de ser posible en la localidad donde resida el juzgado o tribunal, así como número de fax, teléfono y dirección electrónica si dispone de ellos, para la práctica de toda clase de comunicaciones durante el proceso. Si designa **letrado, graduado social o procurador**, la demanda debe ir suscrita por el profesional, que asume su representación con plenas facultades procesales y facilitará los datos anteriores. Estos datos surten plenos efectos y las notificaciones en ellos intentadas sin efecto serán válidas en tanto no sean facilitados otros datos alternativos, correspondiendo a las partes la obligación de tenerlos actualizados ( LRJS art.53 ).

Para las **personas físicas** se indica el nombre y apellidos, para las jurídicas su denominación social.

Si la demanda se dirige contra **grupos o entidades carentes de personalidad** -masas patrimoniales, patrimonios separados, comunidades de bienes- además de exigirse su identificación, se requiere la indicación de sus administradores, organizadores, directores, socios, gestores o partícipes y sus domicilios, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la masa patrimonial ( LRJS art.140.2 ).

**d)** Identificación del **demandado** y de todos aquellos otros **interesados** que deban ser llamados al proceso, bien porque así lo exige una disposición legal (por ejemplo, el Ministerio Fiscal en determinados procesos o el FOGASA cuando se demanda a empresas incursas en procedimientos concursales), por tratarse de alguna situación litisconsorcial o porque así lo viene exigiendo la jurisprudencia o se ha incorporado a la LRJS.

En las demandas de **acoso laboral** se ha previsto expresamente ( LRJS art.177.4 ) que el demandante pueda dirigir sus pretensión contra el empresario y contra cualquier persona que pueda ser causante de la lesión, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo si se pretende la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la sentencia.

1) Las **reglas sobre postulación procesal** en el proceso laboral difieren notablemente de las que rigen en el proceso civil en el que la regla general es que las partes comparezcan a juicio por medio de procurador -representación- y estén dirigidas por letrado -defensa-. Sin embargo en el proceso laboral, como regla general las partes pueden comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2) La ley hace una referencia genérica a la exigencia de **designación de los domicilios** tanto de los demandantes como de los demandados, pero no es posible equiparar la importancia de la falta o el defecto en el domicilio del actor a la falta o el defecto del domicilio del demandado. En efecto, la falta absoluta de indicación del domicilio del actor -o el error en la concreción del mismo- harán imposible la celebración del juicio con él porque no podrá ser requerido de subsanación ni citado para su celebración. La falta o el error en el señalamiento del domicilio del demandado podría producirle indefensión por lo que se podrá acordar la nulidad de actuaciones incluso de oficio.

En relación concreta con el domicilio, se contiene una exigencia específica del proceso laboral pues si el demandante litiga por sí mismo, debe designar de ser posible un domicilio en la **localidad donde reside el juzgado o tribunal**, en el que se practiquen todas las diligencias que hayan de entenderse con él ( LRJS art.80.1.e ).

La designación de domicilio debe de ser completa: con todos los datos identificativos del mismo, así como número de fax, teléfono, dirección electrónica, si se dispone de ellos.

Si el demandante designa en su demanda a letrado, graduado social colegiado o procurador, dicha demanda, además de ir suscrita por tal **profesional**, debe facilitar los **datos de domicilio** de este ( LRJS art.53.2 ).

#### 7679 Hechos

La demanda debe contener una **enumeración clara y concreta** de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. Es habitual **numerar cada uno** de los hechos de la demanda, comenzando con los antecedentes lógicos de la cuestión y finalizando con los que dan lugar al conflicto. Deben tenerse cuenta, no obstante, los **siguientes extremos**:

**a)** Es conveniente señalar todos los **hechos relevantes**, desde los que enmarcan la relación laboral (antigüedad, categoría y salario) hasta los que inciden de forma directa en la pretensión que se plantea (por ejemplo, ha de concretarse la base de cálculo de las indemnizaciones, las cantidades dejadas de percibir o las horas extraordinarias que se reclaman).

**b)** No pueden introducirse **hechos nuevos** con respecto a los recogidos en la papeleta de conciliación o, en su caso, en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad o no se hubieran podido conocer previamente. En todo caso, para que se aprecie una variación sustancial de la demanda es preciso que la modificación introduzca un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso susceptible de generar una situación de indefensión para el demandado. La valoración de la variación sustancial es una cuestión compleja. Se ha estimado que se produce variación sustancial en una pretensión de incorporar en el acto del juicio, hechos y fundamentos para apoyar una segunda pretensión de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales ( TS 23-6-14, EDJ 124169 ). Pueden verse más ejemplos en nº 7715 .

**c)** La **insuficiencia o parquedad** de los hechos señalados, en tanto en cuanto puede generar indefensión para el demandado, puede ser causa de subsanación o incluso dar lugar a la nulidad de actuaciones ( TS 29-4-05, EDJ 71736 ).

#### 7680 Fundamentos de Derecho

No existe obligación legal de expresar los fundamentos jurídicos de la pretensión en la demanda ( TS 18-7-05, EDJ 153029 ). Es frecuente, por tanto, que la demanda se limite a señalar de forma genérica la Constitución, el Estatuto de los Trabajadores, la LRJS y el convenio colectivo de aplicación. Pese a ello, la inexigibilidad de indicar los fundamentos jurídicos otorga una particular relevancia al principio del *iura novit curia*, esto es, es el juzgador quien debe buscar los fundamentos de derecho adecuados para resolver la pretensión, incluso en aquellos casos en los que los propuestos por el demandante puedan ser erróneos o desacertados.

#### 7681 Suplico

La súplica debe realizarse en los **términos adecuados al contenido de la pretensión** que se ejercita. El suplico es una pieza esencial en la demanda: delimita el objeto del proceso, fija la petición que se formula para cada uno de los codemandados en caso de situación litisconsorcial, da lugar a los efectos de la litispendencia y, conforme al **principio de congruencia**, limita las facultades del juez al resolver el asunto. Las peticiones deben ser claras y coincidir con lo que se pidió en la conciliación o reclamación previa.

Pueden solicitarse **peticiones alternativas** sobre una misma cuestión, bien porque con cualquiera de ellas se satisfice el interés del demandante, o bien con carácter subsidiario a la petición principal y cuando se soliciten varios pronunciamientos, debe hacerse con la necesaria separación ( LEC art.399.5 ).

#### Precisiones

1) De reclamarse una **cantidad**, esta debe ser líquida o, al menos, debe indicarse la base de cálculo para su determinación ( TS unif doctrina 29-4-05, EDJ 71736 ).

2) Además de las **pretensiones de condena**, pueden admitirse pretensiones declarativas siempre que exista un interés real, actual y legítimo para ello, no cuando lo que se pretende es una mera consulta con efectos preventivos ( TCo 210/1992 ; TS unif doctrina 6-5-92, EDJ 4348 ).

#### 7682 Otrosí

No están expresamente previstos por la LRJS, pero se incluyen habitualmente tras el suplico en la demanda para efectuar **manifestaciones** de distinta índole como:

- la designación de domicilio a efectos de citaciones ( LRJS art.53.2 );
- la indicación de que se comparecerá en el juicio asistido de abogado ( LRJS art.21.2 );
- la solicitud de prueba anticipada ( LRJS art.78 );
- la solicitud de pruebas que requieran diligencias de citación o requerimiento ( LRJS art.90.3 );
- la adopción de medidas cautelares incluyendo la solicitud de embargo preventivo ( LRJS art.79 ).

#### 7683 Fecha y firma

La demanda debe ser fechada y firmada. La **falta de firma** por el demandante es un defecto subsanable, pero su falta de subsanación no justifica por sí mismo el archivo de las actuaciones puesto que este defecto podrá ser subsanado en cualquier momento posterior por comparecencia del interesado ratificándola, incluso en el acto del juicio ( TS 4-7-88, EDJ 5849 ). No es imprescindible, en cambio, que la demanda vaya firmada por abogado.

## 2. Presentación, admisión a trámite y subsanación de defectos

---

7685 La demanda **debe presentarse** en el registro correspondiente del juzgado o sala de lo social ( LRJS art.44.1 ). Cuando existen varios juzgados de lo social en una misma demarcación territorial, lo habitual es que el registro para la presentación de demandas sea común a todos, asignándose posteriormente, conforme a las reglas de reparto, a un juzgado en concreto.

Los escritos y documentos pueden enviarse y recibirse por **medios electrónicos** siempre que tanto la oficina judicial como los intervinientes en el proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de los escritos, de forma que se garantice la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de su remisión y recepción íntegra y de la fecha en que se hagan. El sistema de comunicación electrónica implantado en el ámbito del Ministerio de Justicia es **LexNet**.

Si el sistema LexNET, o el que corresponda, no permite la presentación del documento por interrupción no planificada del servicio, el remitente puede presentarlo en el órgano u oficina judicial o fiscal el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción ( RD 1065/2015 art.12 ):

La demanda ha de presentarse acompañada de los siguientes **documentos**: ( LRJS art.80.2 )

**a)** Tantas copias como demandados e interesados haya así como para el Ministerio Fiscal en los casos en que es preceptiva legalmente su intervención.

**b)** Los que acrediten el cumplimiento de los actos previos de conciliación o reclamación administrativa (nº 7545 s ).

**c)** Copia de la escritura de poder (notarial o *apud acta*) si se actúa en representación, bien porque el actor no presenta la demanda personalmente, bien por la representación conferida cuando demandan de forma conjunta más de diez actores ( LRJS art.19.1 ) o bien porque demanda un sindicato en nombre e interés de un trabajador afiliado al mismo ( LRJS art.20 ).

Sin embargo, **no es exigible**, que la parte actora acompañe los documentos en que funda su pretensión, por lo que lo habitual es que tanto las pruebas como la jurisprudencia de apoyo se presenten en el momento de la vista oral. Pese a ello, nada impide que se aporten con la demanda los documentos que el actor considere pertinentes: documentos incontrovertidos como el contrato de trabajo o aquellos que pueden delimitar o clarificar el objeto del proceso (carta de despido).

## Precisiones

Desde el 1-1-2016, los órganos y oficinas judiciales y fiscales y los profesionales de la justicia tienen la **obligación de utilizar los sistemas electrónicos** existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos y para la recepción de actos de comunicación. Los profesionales de la justicia obligados a utilizar estos sistemas son los abogados, procuradores y graduados sociales; así como los abogados del Estado, letrados de la Seguridad Social y otros letrados que presten sus servicios en las Administraciones públicas u otros órganos del Estado. Por su parte, desde el 1-1-2017, también están obligados los ciudadanos, personas físicas, que actúen sin representación, están obligados a utilizar el sistema electrónico

### 7688 Admisión a trámite (LRJS art.81)

El **letrado de la Administración de Justicia** es el encargado de examinar si la demanda presentada cumple los requisitos legales y adoptar, en consecuencia, las medidas oportunas. Por tanto, en el plazo de 3 días tras la recepción de la demanda **debe**:

**a)** Analizar la posible **falta de jurisdicción o competencia** material, territorial o funcional para entender del asunto planteado en la demanda. Si considera que el juzgado resulta incompetente, da cuenta al juez o tribunal para que resuelva lo procedente. De apreciarse efectivamente la falta de competencia por el juez, este procede a comunicarlo a las partes, indicando el órgano ante el que deben acudir.

**b)** Comprobar la **conurrencia de los requisitos procesales** necesarios para la válida prosecución y término del proceso, así como la aportación de los documentos que preceptivamente deben acompañar a la demanda. Si el letrado de la Administración de Justicia no observa ningún defecto, procede a admitir a trámite la demanda y dar curso al proceso. En caso contrario, emplaza al demandante para que subsane los errores u omisiones detectados.

La admisión a trámite de la demanda interrumpe los plazos de **prescripción** y suspende los de **caducidad**, si bien este efecto se obtiene igualmente con la formulación de la papeleta de conciliación y en su caso, la reclamación previa (durante los periodos legalmente tasados). El plazo prescriptivo para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado un plazo especial es de un año ( ET art.59 ).

## Precisiones

**1)** La presentación de la demanda ante el **órgano equivocado** no interrumpe como regla general los plazos de prescripción ni suspende los de caducidad ( TS 26-1-98, EDJ 211 ).

**2)** La **inadmisión de la demanda** corresponde exclusivamente al juez o tribunal al vincularse al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, si bien en muchos casos esta facultad queda condicionada por la previa labor de calificación que lleva a cabo el letrado de la Administración de Justicia.

**3)** En aquellos supuestos en los que en los otrosíes de la demanda se hayan solicitado **diligencias de preparación de prueba o de anticipación** o aseguramiento de la prueba, debe darse cuenta al juez para que resuelva lo procedente, notificándose la resolución correspondiente junto con la admisión a trámite de la demanda.

### 7689 Subsanación de defectos

Cuando el letrado de la Administración de Justicia observa algún defecto en la demanda o constata que no se ha presentado alguno de los documentos que deben de acompañarla, concede al demandante un plazo de 4 días para proceder a su subsanación. En el caso de que se trate de la **ausencia de la certificación del acto de conciliación** o mediación previa, el letrado, sin perjuicio de resolver sobre la admisión, debe advertir al demandante que ha de acreditar la celebración de dicho acto en un plazo de 15 días, con apercibimiento de archivo de actuaciones de no hacerse así.

Si el demandante atiende el requerimiento y **subsana el defecto**, el letrado admite a trámite la demanda en el plazo de 3 días tras la subsanación.

Por el contrario, si **no se subsana**, da cuenta al juez o tribunal para que, en el plazo de 3 días, resuelva sobre la admisión, advirtiendo sobre la falta de subsanación, lo que puede suponer el archivo de la demanda, siempre que la exigencia de subsanación fuera razonable, estuviera fundada legalmente y no se refiera a detalles irrelevantes ( TCo 335/1994 ). Contra los **autos de archivo** por defectos no subsanados o trámites incumplidos cabe interponer, previa reposición, recurso de suplicación ( LRJS art.191.4 ).

1) La LRJS no distingue entre la **subsanción de defectos formales o sustantivos**, por lo que debe entenderse que el letrado de la Administración de Justicia ha de advertir sobre la subsanción de cualquier requisito que pueda afectar a la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Así, por ejemplo, en supuestos de acumulación de acciones el letrado de la Administración de Justicia deberá verificar que se cumplen los requisitos que para ello establece la norma ( LRJS art.26 ).

2) En caso de **acumulación indebida de acciones**, el letrado judicial debe advertir al demandante para su subsanción, que solo puede consistir en mantener en la demanda las acciones que puedan acumularse o, al contrario, solo la que no sea acumulable. De no subsanarse este defecto, el letrado de la Administración de Justicia da cuenta al juez para que proceda al archivo de la demanda, salvo que una de las acciones estuviera sometida a plazo de caducidad, en cuyo caso se mantiene por esta acción advirtiendo al demandante que puede ejercitar las restantes por separado si así lo desea.

3) Resulta problemático igualmente el supuesto de las **situaciones litisconsorciales** necesarias que, de ser detectadas por el letrado de la Administración de Justicia o, deberán advertirse al demandante para que proceda a la subsanción ( TS unif doctrina 5-5-00, EDJ 7689 ).

### 3. Señalamiento de los actos de conciliación y juicio

(LRJS art.82)

7695 Presentada y admitida a trámite la demanda, en la misma resolución de admisión el letrado de la Administración de Justicia señalará el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio. A efectos de facilitar la preparación de la defensa, la norma exige que entre la citación y la celebración del juicio medie un **plazo mínimo** de 10 días, y de 22 días cuando sea citado el abogado del Estado, la Seguridad Social, las comunidades autónomas o las Cortes Generales.

Este señalamiento se realiza conforme a las previsiones de la agenda judicial y ateniéndose a los criterios generales e instrucciones del juez o presidente del tribunal ( LEC art.182.2 ).

En las **cédulas de citación** debe hacerse constar que:

- a) Los actos de conciliación y juicio no pueden suspenderse por incomparecencia del demandado.
- b) Los litigantes han de concurrir al juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse.
- c) Pueden formalizar conciliación por medio de comparecencia ante la oficina judicial sin esperar a la fecha de señalamiento así como acudir a los procedimientos alternativos de mediación.

## C. Juicio o vista oral

7700 El día fijado se celebran de forma sucesiva las actuaciones previstas de **conciliación y juicio**. El período comprendido entre la citación a juicio y la celebración del mismo no es, sin embargo, necesariamente un período de inactividad procesal ya que en él pueden solicitarse y resolverse múltiples cuestiones: sobre competencia y jurisdicción, incidencias sobre abstención y recusación, petición de medidas cautelares, solicitud de prueba anticipada o diligencias de citación o requerimiento que sean necesarias en relación con los medios de prueba a utilizar en el juicio y que pueden solicitarse siempre que se haga con 5 días como mínimo de antelación al juicio ( LRJS art.90.3 ).

### 1. Suspensión de los actos de conciliación y juicio

(LRJS art.83.1)

7705 La norma contempla la posibilidad de que el letrado de la Administración de Justicia, a petición de ambas partes o por motivos justificados y acreditados -por ejemplo enfermedad de alguna de las partes o de sus letrados-, pueda suspender por una sola vez los actos de conciliación y juicio, procediendo a fijar un nuevo señalamiento en los 10 días siguientes a la fecha de suspensión. Excepcionalmente, podría acordarse una **segunda suspensión** por circunstancias trascendentes debidamente probadas.

La suspensión **puede solicitarse** en cualquier momento desde la admisión de la demanda, pudiéndose formular, incluso, al darse inicio el acto de conciliación. Debe notificarse, no obstante, con la mayor antelación posible salvo circunstancias imprevistas ( TCo 9/1993 en relación al ingreso de urgencias en un hospital horas antes del comienzo del juicio).

Cuando la solicitud de suspensión sea debida a una **coincidencia de señalamientos** que afecta a la defensa de alguna de las partes debe actuarse conforme a las siguientes **directrices**:

- debe procurar articularse una sustitución dentro de la representación previa comunicación por el solicitante a los demás profesionales;
- de no ser posible, se procura acomodar el señalamiento dentro de la misma fecha; y,
- en último término, se habilita un nuevo señalamiento adoptando las medidas oportunas para evitar nuevas coincidencias.

#### Precisiones

1) Se ha estimado la nulidad de actuaciones entre la falta de suspensión del juicio oral habiendo alegado y acreditado el letrado de la demandada, en tiempo y forma, su imposibilidad de asistir por enfermedad ( TSJ Granada 9-4-15 ). Sin embargo, se ha desestimado la nulidad de la sentencia en el supuesto de **comparecencia con retraso** después de la hora del señalamiento de juicio, habiendo finalizado este y sin causa justificativa ( TS 23-3-15 ).

2) La alegación de **falsedad documental** puede suponer que si bien continúa el acto de juicio hasta el final se suspendan las actuaciones posteriores hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento en la causa criminal ( LRJS art.86.2 ). La alegación de falsedad documental debe ser clara y con oportuno protesto, so pena de no ser considerada por el juzgador. Se desestima la alegación de falsedad documental, por su falta de protesta específica tras denegación de diligencias finales en una sentencia del TSJ La Rioja señalando que: «la parte ahora recurrente en suplicación y querellante, debió denunciar la falsedad del testimonio en el acto del juicio, una vez practicada la prueba, para que la juzgadora en su caso procediera en consecuencia; y no lo hizo, limitándose a alegar en conclusiones como puede extraerse literalmente del visionado y correlativa audición del soporte gráfico en el que se contiene la grabación del juicio, que ... algún testigo miente, o los de una parte o los de la otra...» y a solicitar la práctica de unas diligencias finales, para corroborar la validez de los documentos no reconocidos por el testigo, que la juzgadora denegó, sin que ante la denegación causara protesta; actuación que hubiera podido fundamentar en su caso la petición de nulidad de haber derivado indefensión» ( TSJ La Rioja 18-3-13 ).

#### 2. Incomparecencia de las partes

(LRJS art.83.2 y 83.3)

7707 Las consecuencias de la incomparecencia a los actos de conciliación y juicio son distintas según se trate del actor o del demandado.

Si es el **demandado** el que no comparece, continúa el desarrollo del proceso sin necesidad de declarar su rebeldía y se celebra el acto de conciliación y posterior juicio sin asistencia del demandado. En todo caso, la ausencia del demandado no supone un allanamiento ni libera al actor de la carga de la prueba, por lo que cabe incluso una sentencia desestimatoria de la demanda aun cuando no haya comparecido el demandado.

Por su parte, la no comparecencia del **demandante** conlleva una presunción de desistimiento que deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia si la incomparecencia se produce al acto de conciliación o, aunque mucho más infrecuente en la práctica, por el juez si la inasistencia se produce al acto del juicio. Puede justificarse posteriormente la incomparecencia del actor para solicitar que se deje sin efecto del desistimiento, por ejemplo por una enfermedad súbita ( TCo 196/1994 ); pero resulta extemporánea la justificación que se realiza 11 días después de la celebración del juicio ( TS unif doctrina 14-3-01, EDJ 3107 ).

Se ha **anulado** el **desistimiento** acordado por la incomparecencia del demandante que había previamente advertido al agente judicial de que si le llamaban a juicio estaba en otro local de la secretaría, a pesar de lo cual no se le avisó y en otro supuesto cuando la incomparecencia se había producido por un defectuoso funcionamiento de la oficina judicial ( TCo 304/1994 ). En sentido inverso, se ha **admitido** el **desistimiento** en un caso que el demandante a pesar de estar en el local del juzgado no se enteró de que había sido llamado por despiste o negligencia a él imputable ( TCo 96/1994 ).

Se ha entendido lícita la denegación de la suspensión del acto del juicio en caso de **coincidencia de señalamientos** sin posibilidad de sustitución dentro de la misma representación o defensa en un caso en el que se aportó, en el momento de solicitar la suspensión, un poder en el que constan otros letrados con capacidad de representación, sin que sea eficaz la acreditación *a posteriori* de que dichos letrados ya no prestaban servicios para la empresa, por no ser una causa sobrevenida sino conocida en el momento de solicitarse dicha suspensión ( TS 9-12-15 ).

Frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia y el auto del juez acordando el desistimiento no cabe recurso de suplicación ( TS 27-6-96, EDJ 5461 ) aunque sí puede interponerse el de **queja** ( LRJS art.195.2 ).



### 3. Conciliación judicial

(LRJS art.84)

---

7709 En un momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral, la ley encomienda al **letrado de la Administración de Justicia** un último intento para lograr el acuerdo entre las partes, llevando a cabo la labor de mediación que le es propia. Conciliación y juicio se celebran, pues, de forma sucesiva si bien se remite al letrado de la Administración de Justicia la conciliación para preservar la independencia de criterio y la neutralidad del juez frente al litigio.

Si las **partes llegan a un acuerdo**, el letrado de la Administración de Justicia la documenta en la propia acta de comparecencia, acordando el archivo de las actuaciones. En aquellos casos en los que, sin embargo, estime que lo convenido puede ser constitutivo de lesión grave para alguna de las partes o para terceros, o bien de fraude de ley, abuso de derecho o contrario al interés público, no aprueba el acuerdo, advirtiendo a las partes que deben comparecer al juicio oral ( LRJS art.84.1.a 84.3 ). La principal particularidad de esta conciliación frente a la extrajudicial prevista en el nº 7545 s. ( LRJS art.64 y concordantes) viene determinada por el control que efectúa el letrado de la Administración de Justicia de su contenido pues si este estima que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, o contrario al interés público, no debe aprobar el acuerdo y debe advertir a las partes que deben comparecer a presencia judicial para la celebración del acto del juicio. El legislador ha querido evitar que en presencia judicial puedan llegarse a acuerdos manifiestamente ilegales, fraudulentos o abusivos para cualquiera de las partes por las razones que sean.

El letrado de la Administración de Justicia debe aprobar igualmente los acuerdos alcanzados por las partes antes del día señalado para la conciliación y juicio (lo que sucede con cierta frecuencia).

Los acuerdos aprobados por el letrado de la Administración de Justicia tienen la consideración de conciliación judicial y se llevan a efecto por los trámites de ejecución de sentencias ( TSJ Cantabria 14-6-05, EDJ 88815 ).

Aun cuando no sea un supuesto frecuente dada la voluntariedad de la conciliación, la norma concede a las partes un plazo de caducidad de 30 días para **impugnar la validez de la avenencia**. Dicho plazo comienza a computar para los terceros perjudicados desde que pudieron conocer el acuerdo. Las partes pueden ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos y la impugnación por los posibles terceros perjudicados puede fundamentarse en ilegalidad o lesividad.

Es de interés por sus particularidades, la sentencia que declara la **falta de legitimación del empresario** para impugnar o cuestionar el acuerdo alcanzado en conciliación judicial en proceso de despido colectivo, por todos los sujetos colectivos del despido ( TS 16-6-15, EDJ 129859 ).

Si **no se alcanza acuerdo** en este momento, ello no impide que las partes puedan acordarlo con posterioridad a lo largo del juicio incluso una vez practicada la prueba antes de las conclusiones ( LRJS art.85.8 ), correspondiendo entonces ya al juez la documentación del mismo.

### 4. Juicio oral

---

7711 El juicio oral es el acto central del proceso y se articula en torno a tres **principios básicos**: oralidad, unidad de acto e intermediación.

**a)** El acto del juicio **se celebra oralmente**, sin presentación de escritos; tanto las alegaciones como la solicitud de prueba y las conclusiones se llevan a cabo de forma oral aunque excepcionalmente se permita la presentación de algún escrito para los cálculos numéricos ( LRJS art.85.6 ) o la prueba especialmente voluminosa ( LRJS art.87.6 ). Es frecuente, no obstante, que especialmente por la parte demandada se presente una nota de vista o **instructa** tras la celebración del juicio para que conste la jurisprudencia de apoyo utilizada así como los argumentos en que funda su oposición. Esta práctica no está expresamente regulada por la ley, por lo que la instructa no debe incorporarse formalmente como documento a los autos y su valor es meramente ilustrativo, dependiendo su admisión del criterio concreto del juzgador.

**b)** En virtud del principio de **unidad de acto**, el juicio se desarrolla en una única audiencia sin posibilidad de dividirlo en varias sesiones celebradas separadamente ( TS 24-4-95, EDJ 1699 ); excepcionalmente, y siempre que no se cause indefensión, podría suspenderse el juicio, por ejemplo por haber agotado las horas de audiencia, para continuar al día siguiente ( TS 9-4-91, EDJ 3629 )

**c)** Por el principio de **intermediación**, el juicio debe celebrarse preceptivamente en presencia del juez, de forma que si el juez que presidió el acto no pudiera dictar sentencia, deberá celebrarse el juicio nuevamente ( LRJS art.98 ).

No es exigible, sin embargo, la presencia del **letrado de la Administración de Justicia** en la vista siempre que se cuente con los medios tecnológicos suficientes para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. En cualquier caso la presencia del letrado de la Administración de Justicia puede ser solicitada por cualquiera de las partes con una antelación mínima de 2 días a la celebración de la vista. Y, excepcionalmente, si así lo considerara necesario el propio letrado de la Administración de Justicia por la complejidad del asunto, el número de intervinientes o la previsión de incidencias que no puedan quedar registradas. Corresponde al letrado de la Administración de Justicia la custodia del documento electrónico que sirve de soporte a la grabación, pudiendo las partes solicitar, a su costa, copia de las grabaciones originales ( LRJS art.89 ).

Es usual diferenciar dentro del acto del juicio tres fases diferenciadas: las alegaciones de las partes (nº 7713 ) presentación y práctica de la prueba (nº 7725 ) y conclusiones (nº 7749 )

#### 7712 Resolución de cuestiones previas

Una vez intentada la conciliación, y antes de las alegaciones de las partes, se resolverán por el juzgador, **motivadamente**, en **forma oral** y oídas las partes, las cuestiones previas que se puedan formular en ese acto, así como los recursos u otras incidencias pendientes de resolución, sin perjuicio de la ulterior sucinta fundamentación en la sentencia, cuando proceda.

Igualmente serán oídas las partes y, en su caso, se debe resolver motivadamente y en forma oral, lo procedente sobre las cuestiones que el juez o tribunal pueda plantear en ese momento sobre su **competencia**, los presupuestos de la demanda o el alcance y límites de la pretensión formulada, respetando las garantías procesales de las partes y sin prejuzgar el fondo del asunto.

Esta fase del proceso puede ser de gran relevancia en la práctica procesal pues no es infrecuente que al revisar los recursos presentados por las partes y no resueltos con anterioridad, se decida por el juzgador la **suspensión del juicio oral** por ser precisas nuevas diligencias de citación o requerimiento. Así sucede en caso de testigos que se consideran esenciales y sobre los que no consta la recepción de sus notificaciones, o requerimientos efectuados a algún organismo de la Seguridad Social o a la Inspección de Trabajo que aún no ha sido contestados en la fecha del juicio oral. También resulta habitual que se solicite por el juez al demandante que fije los términos de su pretensión o incluso que se amplíe la demanda frente a terceros posibles o que se desista de ellos. Todo ello se produce en esta fase de la vista oral.

#### a. Alegaciones de las partes

(LRJS art.85)

#### 7713 Finalizado el trámite sobre cuestiones previas, el **juez da la palabra** a cada una de las partes para que exponga sus posiciones en lo que se conoce como el trámite de alegaciones.

El **orden de actuación** -en el proceso ordinario- consiste en una primera intervención del demandante (o ratificación de la demanda) que es el que ejerció una pretensión contra el demandado, seguido de la intervención del demandado formulando su contestación a las alegaciones de aquel (oposición a la demanda), con la posibilidad de oponer excepciones procesales y materiales. **Excepción** a este orden de actuación es el proceso de despido e impugnación de sanciones ( LRJS art.105 , 120 y 114.3 ) en el que se da la palabra en primer lugar al demandado.

#### 7715 Alegaciones del demandante

Corresponde a la parte actora, en primer lugar, realizar sus alegaciones a efectos de ratificar o ampliar la demanda. Puede, pues, razonarse sobre los hechos expuestos en la demanda, ofrecer los fundamentos jurídicos adecuados y fijar la pretensión que ya se adelantó en la demanda -por ejemplo, parece admisible que se reduzcan las cantidades solicitadas o se elimine alguna de las peticiones inicialmente planteadas-.

Cabe también, en principio, una **ampliación de la demanda** siempre que no suponga una variación sustancial de la misma.

Se entiende que se introducen **modificaciones sustanciales fácticas o jurídicas** cuando afecten a la esencia del pleito y causen indefensión o afecte de forma decisiva a la pretensión ejercitada o a los hechos en que esta se fundamente, variando la causa de pedir ( TCo 191/1987 ; 32/1992 ; TS 9-11-89, EDJ 10008 ). En estos casos cuando el juez advierta que se pretenden introducir estas modificaciones debe impedir su alegación y prueba ( TS 11-12-13, EDJ 273976 ). Si en el acto de juicio no se suscitasen cuestiones procesales o si, suscitadas, se hubieran contestado, las partes o sus defensores con el tribunal deben fijar los hechos sobre los que estén conformes o disconformes. Aunque lo normal es que el desistimiento del actor se realice ante el letrado de la Administración de Justicia en la comparecencia ante él y no en el marco del juicio oral.

En el proceso laboral no hay **reglas** sobre la duración y contenido del **uso de la palabra** por el actor, por lo que la exposición puede tener una duración breve o más prolongada; será el juez quien indique al letrado a lo largo de la vista oral la disponibilidad de tiempos y turnos de palabra de cada parte.

1) Se ha entendido que se produce **variación sustancial** de la demanda cuando se genera indefensión ( TS 9-11-89, EDJ 10008 ) o se alteran elementos esenciales del pleito: nuevos demandados, incremento del salario de la demanda ( TSJ Cataluña 7-9-98, EDJ 24048 ) o nuevos hechos relevantes producidos con anterioridad a la presentación de la demanda, o cuando se pretenden incorporar hechos y fundamentos para apoyar una segunda pretensión de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales ( TS 23-6-14 ).

2) Sin embargo, se ha considerado que **no es una variación sustancial** la referencia a hechos que traen su causa de una subsanación de la demanda debidamente notificada ( TSJ País Vasco 12-7-05, EDJ 170354 ) o cuando la empresa admite pacíficamente la ampliación propuesta por el actor ( TSJ Madrid 31-5-06, EDJ 322299 ). Tampoco se han considerado sustanciales: modificaciones de los hechos en relación con alegatos sobre **prescripción de las faltas** ( TS 9-2-84, EDJ 837 ; 25-3-86, EDJ 2240 ; 25-1-91, EDJ 691 ). Distinguiendo la situación en la que solo se introduce el alegato de la prescripción sin modificar los hechos de la demanda, de aquellos otros casos en que el alegato de prescripción va unido a una modificación de hechos ( TS 26-11-96, EDJ 9432 ). En relación con el **salario**, no se ha considerado modificación sustancial cuando tales modificaciones resultan de un convenio colectivo aprobado con posterioridad ( TS 17-3-88, EDJ 2276 ). Tampoco se considera modificación sustancial incrementar el montante de las **horas extraordinarias** reclamadas cuando se trata de reclamar las trabajadas desde la presentación de la demanda hasta el día del juicio según el mismo módulo utilizado para las anteriores, y cuando se había avisado en la demanda de que en el juicio se iba a introducir tal ampliación ( TS 9-11-89, EDJ 10008 ). No se ha considerado variación sustancial de la demanda la **invocación de una reforma legal** que en ella no se citaba por ser posterior a su interposición, puesto que la variación que se ha producido es extraña a la conducta de las partes, ya que deriva de la entrada en vigor de una nueva norma que no regía cuando se dictó el acto administrativo, lo que no afecta propiamente a la pretensión, sino solo a un elemento jurídico de esta ( TS 15-2-12, EDJ 34539 ).

#### 7717 Alegaciones del demandado

Finalizadas las alegaciones del demandante se ofrece la palabra al demandado para que conteste a la demanda. Su **intervención** puede referirse a los siguientes extremos:

a) Aceptar o negar concretamente los **hechos de la demanda** y, en su caso, las variaciones o modificaciones admisibles, alegando cuantas excepciones estime procedentes. El presupuesto para que se admita y practique la prueba es que exista controversia fáctica ( LRJS art.87.1 ), por lo que si el demandado no se opone de forma expresa a los hechos reseñados en la demanda, se le puede dar por conforme y no permitírsele posteriormente proponer pruebas sobre dichos hechos. Es cada vez más frecuente que el juez solicite a las partes verbalmente que indique los hechos de la demanda en los que las partes tienen conformidad para así evitar que las alegaciones se centren sobre hechos que la parte demandada no va a rebatir.

b) Alegar **fundamentos jurídicos**, dado que no se exige que la demanda esté jurídicamente fundada, tampoco se hace referencia expresa en la ley a la alegación por el demandado de los argumentos jurídicos en los que apoya su oposición pero ello no impide que se planteen en el trámite de alegaciones cuantas razones jurídicas se consideren oportunas.

c) Exponer su posición respecto al **fondo del asunto**, concretando la sentencia que pretende que se dicte y oponiéndose total o parcialmente a lo solicitado en la demanda.

d) Alegar **cuestiones previas o prejudiciales**, aunque lo normal es que estas cuestiones se hayan resuelto en la fase anterior al juicio, nada impide al demandado plantearlas en este trámite para oponerse a la demanda, debiendo ser resueltas en sentencia.

1) La tramitación de procesos en otros órdenes, incluido el penal, no produce la suspensión de actuaciones salvo en relación con la **falsedad documental** ( LRJS art.86.1 ).

2) La tramitación de otro procedimiento en el orden social no da lugar a la suspensión del proceso salvo en los supuestos previstos en la ley y cuando se aprecie la situación de litispendencia. No obstante, a solicitud de las partes, puede **suspenderse el procedimiento** hasta que recaiga resolución firme en otro proceso distinto, cuando en este deba resolverse la que constituya objeto principal del primer proceso ( LRJS art.86.4 )

7718 e) Invocar cuantas **excepciones** estime convenientes: se permite que el demandado exponga cualquier impedimento sobre la forma en que se ha planteado el juicio o sobre la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios, aunque también cabe plantear excepciones de carácter material, como la prescripción. La LRJS no se refiere expresamente a las excepciones que cabe presentar, por lo que debe acudirse a la LEC pudiendo señalarse principalmente **las siguientes** ( LEC art.416 ):

1. **Incompetencia de jurisdicción:** si no se ha advertido de oficio, puede ser alegada por el demandado la falta de competencia material, funcional o territorial (nº 7508 s ).
2. **Falta de personalidad del actor** por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio o no acreditar la representación que dice ostentar (legitimación ad processum) o bien por no acreditar el demandante la titularidad de la relación jurídico-material en la que basa su pretensión (legitimación ad causam).
3. **Falta de personalidad del demandado** por no tener el carácter o la representación con que se le demanda o bien porque deben traerse al proceso otras personas que pueden verse afectadas por el mismo (litisconsorcio pasivo necesario).
4. **Litispendencia.** Se produce cuando la misma pretensión entre las mismas partes está planteada ante otro juzgado o tribunal y, por razones de seguridad jurídica, se solicita que se impida la tramitación del segundo proceso para evitar posibles sentencias contradictorias.
5. **Cosa juzgada.** En íntima relación con la litispendencia, supone que existe un proceso idéntico sobre la misma cuestión ya resuelto, por lo que por razones de seguridad jurídica se impide un replanteamiento de la cuestión ( TS 20-12-06, EDJ 388375 ).
6. **Inadecuación de procedimiento.** Mediante esta excepción se alega por el demandado que la demanda debería haberse planteado con arreglo a una modalidad procesal distinta a la elegida por el demandante. Habitualmente, la consecuencia del planteamiento de esta excepción será continuar, salvo que resulte inviable, la tramitación del procedimiento por la modalidad adecuada.
7. **Defecto legal en el modo de proponer la demanda.** Se alega que la demanda no cumple con los requisitos legalmente exigidos. Aunque, en principio, los defectos de la demanda han de ser apreciados por el letrado de la Administración de Justicia y subsanados con carácter previo a su admisión, nada impide al demandado plantearlo, si no se advirtió en su momento. De entenderse que efectivamente tales defectos existen, se decreta la nulidad de actuaciones y se insta al demandante a su subsanación.
8. **Falta de acreditación de conciliación o reclamación previa.** El demandado alega que no se han celebrado los actos preprocesales por lo que, si el letrado de la Administración de Justicia no lo advirtió en su momento, esta excepción es admisible y producirá el mismo efecto que la referida a los defectos en la demanda, esto es, nulidad de actuaciones para cumplir con este trámite previo.
9. **Prescripción y/o caducidad.** Aun cuando no es propiamente una cuestión procesal, puede alegarse igualmente, vía excepción, la caducidad o prescripción de las acciones para reclamar los derechos a que se refiere la demanda.

**7719 f) Formular reconvenición.** El demandado puede aprovechar el juicio para, además de oponerse a la demanda, introducir una reclamación frente al demandante, planteando una acumulación de acciones. Para que pueda formularse la reconvenición se exige, no obstante, que se haya **anunciado** en la conciliación previa al proceso o en la reclamación administrativa previa, indicando los hechos en que se funda y la petición que realiza. La norma señala, además, que la reconvenición no puede admitirse si el órgano judicial no es competente, si la acción hubiera de ejercitarse a través de una modalidad procesal distinta a la que se está utilizando en el proceso, si la acción no fuera acumulable o si no existe conexión entre las pretensiones y las que son objeto de la demanda principal. De no cumplirse estos requisitos, la reconvenición será rechazada, bien de oficio o a instancias del demandante.

#### Precisiones

**1)** No es necesaria reconvenición para alegar **compensación de deudas**, siempre que sean vencidas y exigibles ( TSJ Madrid 6-6-07, EDJ 132732 ) y no se formule pretensión de condena reconvenicional, y en general tampoco cuando el demandado esgrima una pretensión que tienda exclusivamente a ser absuelto de la pretensión objeto de la demanda principal, siendo suficiente con que se alegue en la contestación a la demanda. Si la obligación precisa de determinación judicial por no ser líquida con antelación al juicio, es necesario exponer concretamente los hechos que fundamenten la excepción y la forma de liquidación de la deuda, así como haber anunciado la misma en la conciliación o reclamación previa ( TS 17-9-04, EDJ 152819 ). La LRJS expresamente ha previsto el procedimiento en que no es precisa la reconvenición, fijando los requisitos para que se admita la compensación de deudas ( LRJS 85.3 ).

**2)** Es competente la jurisdicción social para resolver una reconvenición cuando las cantidades reclamadas en la misma guardan relación directa con el **contrato de trabajo** ( TS unif doctrina 20-1-05, EDJ 7102 ).

**7720 g) Allanarse total o parcialmente a las pretensiones de la demanda.** El allanamiento debe ser aprobado por el órgano jurisdiccional, oídas las partes y salvo que incurra en renuncia prohibida de derechos, fraude de ley o perjuicio a terceros, o sea contrario al interés público. Cuando el **allanamiento sea total**, se dicta sentencia condenatoria de acuerdo con las pretensiones del actor. Si el **allanamiento es parcial**, puede dictarse auto aprobatorio, que puede llevarse a efecto por los trámites de la ejecución definitiva parcial, siempre que por la naturaleza de las pretensiones

objeto de allanamiento sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el acto del juicio.

**7721 h)** No hay **fases de réplica y réplica** en el juicio oral. En principio, las partes hacen uso de la palabra una sola vez en la fase de alegaciones, salvo que se formule algún tipo de excepción o reconvencción por el demandado, dándose entonces la oportunidad al actor de contestar a las mismas. No obstante, se permite que el juez conceda a las partes la palabra cuantas veces estime necesario ( LRJS art.85.4 ), en cuyo caso lo lógico es que otorgue igual número de **turnos suplementarios** a cada parte para que puedan pronunciarse sobre las manifestaciones de contrario o las cuestiones planteadas.

#### Precisiones

Se permite a las partes aportar en este momento unas breves **notas de cálculo** o resumen de datos numéricos si lo estiman necesario ( LRJS art.89 ) si bien la contestación debe ser oral. Existe, sin embargo, la posibilidad de que el demandado acuda al juzgado con una contestación escrita que lee en el juicio, lo cual no es en modo alguno incompatible con el principio de oralidad ( TS 21-7-93, EDJ 7444 ). También ocurre, en la práctica, que además de leer la contestación, el demandado tiene interés en que se acompañe a los autos su escrito de contestación, como «**instructa**» para el juez, planteándose el problema procesal de si puede o no admitirse tal aportación, a la vista de la quiebra formal de la oralidad legalmente prevista que supone esta aportación escrita de la contestación. A este respecto, el Tribunal Supremo considera que la aportación de la contestación escrita y leída, es una mera irregularidad formal que no puede fundar una declaración de nulidad, por no causar indefensión ( TS 23-10-89, EDJ 9363 ; 5-7-90, EDJ 7259 ).

#### **7723** Determinación de hechos conformes

Una vez finalizadas las alegaciones y contestadas las cuestiones procesales que se hubieran suscitado, las partes o sus defensores, con el tribunal, deben fijar los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad ( LRJS art.85.6 ). Este trámite es importante ya que, como se ha señalado, la admisión y práctica de la prueba se ciñe exclusivamente a los hechos controvertidos. Igualmente, y a efectos de recurso, se hace constar en acta o diligencia una referencia sucinta a los hechos sobre los cuales existe conformidad.

#### **b. Presentación y práctica de la prueba**

(LRJS art.87 , 90 a 96 ; LEC art.217 , 281 a 386 , 444 , 445 )

**7725** En la fase de prueba, las partes realizan diversas actuaciones dirigidas a proporcionar al juez **elementos de convicción** sobre los hechos controvertidos. En la medida en que la fijación de los hechos condicionará la aplicación del Derecho y el fallo posterior, es claro que se trata de una actividad de especial trascendencia dentro del proceso. Por ello, la utilización de los medios de prueba forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que puede ser vulnerado por la **negativa injustificada del juez** a la práctica de las pruebas o cualquier otra restricción o limitación en la actividad probatoria ( TCo 188/1993 ).

La actividad probatoria debe ceñirse a los **hechos sobre los que no exista conformidad** y siempre en relación al objeto del juicio y a las alegaciones previamente realizadas por las partes en los trámites de ratificación o contestación a la demanda. No es necesario, por tanto, probar los hechos sobre los que las partes han manifestado su conformidad al finalizar el trámite de alegaciones, ni los hechos notorios por ser evidentes, históricos... No es necesario tampoco aportar prueba sobre los fundamentos jurídicos o el contenido de las normas pues rige el *iura novit curia* ( TCo 140/1994 ). El **objeto de la prueba** es, con carácter general, el hecho relevante.

No obstante, previamente hay que señalar los **supuestos** en los que hay que **probar el derecho**, aunque sea la excepción:

**a)** Es preciso probar el **derecho extranjero** -aunque no el comunitario por cuanto está publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea ( LEC art.281.2 ). El derecho extranjero ha de probarse en su contenido y su vigencia, si bien se deja a salvo la facultad del tribunal para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

**b)** También es preciso probar los **usos y costumbres** así como los **convenios colectivos extraestatutarios** y pactos de empresa. Si el convenio colectivo se ha publicado en el BOE, no es necesaria su prueba. El problema surge cuando la publicación se ha realizado en boletines de ámbito autonómico o provincial. El Tribunal Constitucional estableció que el principio *iuris novit curia* se aplica a los convenios publicados en el boletín oficial de una comunidad autónoma ( TCo 151/1994 ).

No obstante, el Tribunal Supremo ha exigido la aportación del **convenio colectivo provincial** para que la denuncia de una infracción pueda fundar un recurso de casación ( TS 20-11-00, EDJ 55657 ; 27-4-04, EDJ 31779 ; 17-9-04,

EDJ 160234 ; TSJ Madrid 6-2-06, EDJ 40624 ; TSJ Castilla-La Mancha 17-12-02, EDJ 87159 ). Para el Tribunal, la obligación del órgano judicial de conocer el convenio se condiciona a que:

- la publicación del convenio haya tenido lugar en un diario oficial autonómico;
- la parte haya proporcionado los datos suficientes para identificar la norma; y
- la competencia del órgano judicial no exceda del ámbito territorial del correspondiente diario oficial.

#### 7727 **Proposición y admisión de la prueba**

Antes de llegar al juicio oral, las partes ya habrán desarrollado una intensa actividad de cara a preparar esta fase probatoria. En primer lugar, habrán decidido de qué pruebas querrían valerse para las que sería precisa citación o requerimiento por parte del juzgado (interrogatorio, testigos que difícilmente va a ir voluntariamente o documentos que están en poder de la otra parte o de un tercero). Para que se practique en el acto del juicio, las partes habrán de haberlas solicitado con los plazos establecidos ( LRJS art.90.3 ) que son muy breves -5 días-, si bien es frecuente que se soliciten con más plazo, dada la dificultad de que se produzca las notificaciones adecuadas en tan solo 5 días.

Las pruebas de las que puedan valerse las partes sin necesidad de requerimientos ni notificaciones, se aportan al acto del juicio sin necesidad de notificarlo con anterioridad ni a la otra parte ni al juzgado.

**Es admisible** cualquier medio probatorio admitido en Derecho, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deben ser aportados en el soporte adecuado debiendo el órgano jurisdiccional poner a disposición los medios necesarios para su reproducción ( LRJS art.90.1 ). En todo caso, debe tenerse en cuenta que las pruebas deben ser pertinentes, lo que significa que deben estar relacionadas con el litigio y ser útiles para esclarecer los hechos controvertidos, lo que obliga a las partes a justificar su idoneidad.

**No pueden admitirse** aquellas pruebas que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales. Esta cuestión puede ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica una vez admitida. El juez debe oír a las partes para resolver la cuestión y practicar cuantas diligencias sean posibles en el acto del juicio, recurriendo de ser necesario a diligencias finales. Frente a la resolución del juez o tribunal se admite recurso de reposición que se planteará y resolverá oralmente en el acto del juicio.

El órgano jurisdiccional decide sobre la admisión o no de las pruebas atendiendo fundamentalmente a su pertinencia, utilidad y conexión con el objeto del juicio. Frente a la **denegación de prueba**, la parte debe reflejar en acta su protesta, donde ha de consignarse la prueba solicitada, la resolución denegatoria y la justificación de la denegación, como requisitos inexcusables para recursos posteriores ( TSJ País Vasco 21-6-11 ). Puede declararse nulidad de actuaciones, por indefensión, cuando se solicitó en forma la práctica de una prueba y fue denegada, resultando esta determinante para el resultado del juicio, como por ejemplo la inadmisión sin justificación razonable de médico forense ( TS 20-9-05 ).

#### 7728 **Reglas específicas relacionadas con la intimidad**

No se admiten pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan **violación de derechos fundamentales** ( TCo 28/2002 ). Se exige el test de proporcionalidad: idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo que comporta que el derecho a la intimidad debe sufrir lo imprescindible ( TCo 98/2000 ).

Cuando sea necesario el **acceso a documentos o archivos** que pudieran afectar al derecho a la intimidad o a cualquier otro derecho fundamental, el acceso a los mismos debe hacerse mediante autorización judicial que debe solicitarse y concederse mediante auto, cuando no existan medios alternativos de prueba y previa ponderación de los intereses en juego. Igualmente, cuando no medie consentimiento del afectado, pueden adoptarse medidas de garantía para preservar la confidencialidad en relación con dictámenes periciales médicos o psicológicos.

Cuando, como resultado de la actividad probatoria, se obtuvieran **datos innecesarios**, ajenos a los fines del proceso, que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales, deben adoptarse las medidas precisas para salvaguardar los intereses afectados ( LRJS art.90.6 ).

#### 7730 **Carga de la prueba** (LEC art.217)

En el proceso ordinario se aplican las **reglas generales** de distribución de la carga probatoria, correspondiendo al demandante acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado, en su caso, los impositivos, extintivos o excluyentes.

No obstante, la regla general se puede **alterar** por diversos elementos:

a) Las **presunciones legales** ( LEC art.385 ) que dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que favorezca tal hecho. Se distinguen las presunciones *iure et de iure*, frente a la que no cabe prueba en contrario, de las presunciones *iuris tantum*, en las que se podría romper la presunción con una prueba que la contradiga.

b) La regla específica que establece que debe tenerse en cuenta la **disponibilidad y facilidad probatoria** de cada parte, de modo que la carga de la prueba se impone a quien razonablemente tenga fácil asumirla ( LEC art.217.7 ). Esta previsión es de particular aplicación en el ámbito laboral, considerando la desigualdad social entre trabajador y empresario ( TCo 144/2006 ).

c) Las previsiones legales conforme a las cuales, cuando en un proceso se acrediten **indicios de conducta discriminatoria**, corresponde al demandado aportar justificaciones objetivas, razonables y suficientemente probadas de las medidas adoptadas y su proporcionalidad ( LRJS art.96.1 y 181 ). No es propiamente una inversión de la carga probatoria porque el demandante debe acreditar indicios de trato diferenciado, pero a partir de ellos, corresponde al demandado probar que su conducta no resulta discriminatoria.

d) En los procesos sobre responsabilidades derivadas de **accidentes de trabajo y enfermedades profesionales** corresponde a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No puede apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que este inspira ( LRJS art.96.2 ).

### 7732 Práctica de la prueba

(LRJS art.87 y 90.2)

Una vez **finalizadas las alegaciones**, el juez solicita a las partes que indiquen qué medios probatorios solicitan en ese momento. Este es un trámite muy concreto y totalmente distinto al de la actividad previa que hayan tenido que desarrollar las partes solicitando de forma previa al juzgado, en el momento procesal oportuno anterior, que requiera -a la otra parte o a terceros- de aquellas pruebas que precisen citación o requerimiento, a fin de que puedan ser practicadas en el acto del juicio. Una vez solicitado al juez, este habrá admitido -o no- dichas pruebas y habrá solicitado las diligencias oportunas de notificación o requerimiento, que constarán en los autos. En este momento de la fase oral es en el que cada parte decide qué prueba quiere verdaderamente practicar en el acto del juicio, pudiendo renunciar en ese momento incluso a aquella que hubiera solicitado con anticipación, por entenderla innecesaria o inadecuada según las alegaciones que hasta ese momento se han escuchado. En ocasiones, se renuncia a testigos o incluso a la confesión de la parte contraria, dependiendo de las circunstancias y de los hechos que han sido entendidos como conformes en las alegaciones.

Debe tenerse en cuenta el especial protagonismo que se otorga al **juez** en esta materia, reconociéndosele una amplia iniciativa para esclarecer los hechos controvertidos y buscar la verdad material que subyace al proceso. Se permite, que:

- en las pruebas que se hagan en forma de declaraciones, el juez pueda hacer preguntas tanto a las partes, como a los peritos y testigos ( LRJS art.87.3 );
- pueda acordar la práctica de una prueba admitida si renunciase a ella la parte que la propuso ( LRJS art.87.2 );
- pueda pedir de oficio informes o dictámenes al médico forense ( LRJS art.93.2 ) así como a personas expertas en la cuestión de que se trate, a la comisión paritaria del convenio en los pleitos relacionados con la interpretación de un convenio, o a los organismos públicos competentes en los pleitos sobre discriminación por razón de sexo.

En los litigios sobre accidente de trabajo y enfermedad profesional, pueda recabar, si no consta ya en autos, informe de la Inspección de Trabajo y de los organismos competentes en materia preventiva ( LRJS art.95 )

### 7735 Medios de prueba

(LRJS art. 90 a 96)

Respecto al **orden** de practicar los medios de prueba, se comienza en primer lugar por la prueba documental, siguiéndose a continuación el orden general que establece la LEC: confesión o interrogatorio de las partes, testifical, pericial, reconocimiento judicial y reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes o sonidos ( LEC art.300 ).

### 7736 Prueba documental

(LRJS art.94; LEC art.317 s)

Cada parte debe acudir al juzgado con la prueba documental que entienda necesaria, sin perjuicio de la que haya solicitado con anterioridad, en el momento procesal oportuno, al juzgado. La **práctica habitual** es presentar en el juicio oral la prueba documental de la que la parte intente valerse y no haya sido solicitada por la otra parte, y admitida con anterioridad por el juzgado. Es requisito constitutivo para la admisión de la prueba documental su

adecuada presentación, lo que exige **numerarla** debidamente, exigiéndose con carácter general que también estén debidamente foliadas cada una de las páginas que se aporten.

Cuando los **documentos** de que intente valerse **no obren en poder de la parte**, debe solicitar que se requiera a la parte contraria para que los aporte en el juicio. Respecto de la admisión o inadmisión de la prueba solicitada por el juzgado (nº 7727 ). Si no se presentaran sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada ( LRJS art.94.2 ).

Igualmente, como se indicó en su momento, puede solicitarse el examen previo de determinados documentos cuando estos resulten imprescindibles para la elaboración de la demanda o para la solicitud anticipada de prueba ya en el procedimiento (nº 7655 ).

En el acto del juicio, las partes exhiben los documentos a los contrarios, quienes los reconocen, los impugnan o los tachan de falsos.

Los **documentos públicos** deben presentarse en original o por copia certificada fehaciente ( LEC art.318 ). Son documentos públicos tanto las resoluciones judiciales expedidas por los letrados de la Administración de Justicia, como los emitidos por registradores notarios y corredores en el ejercicio de su función, así como los expedidos por funcionarios públicos facultados para dar fe en el ejercicio de sus funciones y también cuando hagan referencia a archivos y registros de las administraciones públicas o los documentos emitidos en el extranjero que por tratado o convenio internacional se les de valor público. ( LEC art.317 s. ). Los documentos públicos extranjeros deben reunir los requisitos de la LEC art.323 , exigidos conforme a la legislación del país y la legalización de la apostilla.

Los **documentos privados** son los considerados no públicos y deben presentarse en original o mediante copia autenticada por fedatario público y se unirán a los autos o se dejara testimonio de ellos, con devolución de los originales.

El **reconocimiento** de documentos públicos o privados tendrá el valor que le otorga la LEC ( LEC art.319 y 326 ). El documento público reconocido tiene el mismo valor que el público ( AN 18-11-11 ).

Cuando se **impugne** un documento público, se sigue el procedimiento de la LEC art.320 y si se constata su autenticidad, cuando la impugnación fuera temeraria, se podrá imponer la **multa** de 120 a 600 euros ( LEC art.320 ). Sucede lo mismo con los documentos privados, de manera que si no se impugnan las anotaciones a mano obrantes en los documentos pueden tenerse por probados los hechos controvertidos ( TSJ Cataluña 3-5-10 ).

Si se tacha la **falsedad** de un documento, debe suspenderse el procedimiento ( LRJS art.86 ) siempre que el documento sea fundamental para el juicio.

También pueden presentarse **copias reprográficas** que pueden cotejarse con el original cuando se impugnen, valorándose en caso de ausencia de cotejo, conforme a las reglas de la sana crítica ( LEC art.334 ), siendo esta cuestión de especial relevancia dada la frecuencia con la que se aportan meras fotocopias en lugar de documentos en los juzgados.

Y, en caso de que la prueba documental resulte excesivamente **voluminosa o compleja**, se admite que el juez conceda a las partes la posibilidad de presentar sucintas conclusiones complementarias por escrito dentro de los 3 días siguientes al juicio. Durante ese período los documentos deben estar a disposición de las partes en la oficina judicial y de las conclusiones presentadas se dará traslado a la parte contraria ( LRJS art.87.6 )

### 7737 Confesión o interrogatorio de la parte

(LRJS art.91; LEC art.301 a 316 )

Se entiende por tal la declaración que presta cualquiera de las partes sobre hechos personales o que conoce personalmente que guarden relación con el objeto del juicio. La prueba se realiza en el acto del juicio, salvo que se practique anticipadamente ( LRJS art.88 ) contestando a las preguntas formuladas verbalmente por la otra parte o por el juez. No se facilitan con anticipación las preguntas (no admisión de pliegos) excepto en el caso de que la demandada sea la **Administración pública** ( LRJS art.91.6 ) en cuyo caso podrá contestar por escrito. Las preguntas deben versar siempre sobre los hechos controvertidos y si no se hiciera así el tribunal debe desestimarlas, o impugnarse por la parte contraria ( LEC art.303 ).

Se aplica en el proceso laboral la «**ficta confessio**», es decir, se tiene por confeso y pueden ser reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, a aquel que habiendo sido llamado al interrogatorio no compareciera sin justa causa, rehusara declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho. Esta posibilidad no es, en todo caso, automática sino que debe ser apreciada por el juez conforme a su criterio, siempre que se hubiera advertido a la parte de las consecuencias negativas de no confesar, y exigiéndose que la persona citada hubiese intervenido personalmente en los hechos y su admisión le resultare enteramente perjudicial ( TCo 26/1993 ). La ficta confessio en cualquier caso es sobre los hechos y no necesariamente sobre las pretensiones.



El interrogatorio **puede realizarse** por el abogado o el graduado social de la otra parte, así como el propio tribunal. Los colitigantes pueden interrogarse entre sí cuando tengan intereses contradictorios, siendo frecuente la práctica de que las partes puedan interrogar durante la práctica del interrogatorio propuesto por otra de las partes ( TS 20-7-11 ). También puede interrogarse a la propia parte ( LEC art.301.2 ) aunque es poco habitual y poco admitido, salvo que se haya practicado el interrogatorio por la otra parte, y se trate de un turno posterior.

Finalizado el primer interrogatorio, el abogado de quien declara tiene la facultad de formular nuevas preguntas a su propia parte para aclarar los hechos ( LEC art.306.1 ).

#### Precisiones

Por las **personas jurídicas** puede confesar quien legalmente les represente y tenga facultades para responder al interrogatorio. No obstante, si no se hubiera precisado en la demanda la intervención personal del interrogado en los hechos controvertidos, deberá aportar a juicio a la persona concedora directa de los mismos ( LRJS art.91.3 ).

#### 7738 Testifical

(LRJS art.92; LEC art.360 a 381 )

Es una de las pruebas más habituales en el proceso laboral y consiste en la declaración de terceros sobre algún extremo de interés para el litigio. Los testigos son interrogados de forma verbal, sin que se admitan los **escritos de preguntas y repreguntas**. El testigo responde a las preguntas de la parte que lo presenta y, a continuación, los abogados del resto de las partes así como el juez pueden plantear nuevas preguntas para el esclarecimiento de los hechos. Las preguntas deben versar sobre hechos controvertidos, siendo este el criterio para su admisión, debiendo rechazarse las preguntas improcedentes. Ante preguntas indebidas, debe realizarse el oportuno protesto ( LEC art.369 ).

En principio cada parte aporta al juicio los testigos que sean de su interés, sin necesidad de **citación judicial**. No obstante, de no ser ello posible, principalmente por la dificultad de que asistan por voluntad propia al juicio o porque prefieran en todo caso ser requeridos formalmente para ello, debe solicitarse esta prueba, con al menos 5 días de antelación a la fecha del juicio, a efectos de que el testigo sea citado por el juzgado. En la práctica, 5 días se considera un plazo realmente breve y lo habitual es que el plazo en el que se solicite sea algo mayor a fin de asegurarse que el órgano judicial ha podido citar debidamente al testigo.

El **número de testigos** no está limitado legalmente, pero el órgano jurisdiccional puede limitar su número si lo considera excesivo y las manifestaciones que puedan realizar reiterativas, siendo lo habitual que cada parte presente dos o tres testigos y justifique, en todo caso, a qué efectos o para acreditar qué hechos es relevante su testimonio.

El testigo debe prestar juramento o promesa de decir verdad ( LEC art.365 ).

En el proceso laboral no existe la **tacha de testigos**, por lo que es en fase de conclusiones cuando el abogado de la parte puede realizar las observaciones que estime oportunas respecto a las circunstancias personales del testigo y la veracidad de sus manifestaciones. A este respecto la LRJS señala expresamente que la declaración de testigos vinculados al empleador, trabajador o beneficiario por relación de parentesco, o con posible interés en defender actuaciones empresariales en las que hayan intervenido o que puedan tener procedimientos análogos contra el mismo empleador o trabajadores en iguales situaciones, solo puede proponerse cuando su testimonio tenga utilidad directa y no se disponga de otros medios de prueba; y, en cualquier caso, dichas circunstancias no son impedimento para su responsabilidad en caso de faltar a la verdad ( LRJS art.92.3 ).

La **valoración de esta prueba** debe hacerse por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, si bien su decisión vincula a la sala por cuanto la prueba de testigos no es revisable en suplicación ( LRJS art.193.b, 196.3 ).

#### Precisiones

**1)** Si admitida la prueba, el **testigo no comparece** y no consta debidamente citado, la parte puede instar, bien la suspensión del juicio para que sea citado en forma, bien que se practique el interrogatorio como diligencia final, ya que puede ser causa de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el no practicar una prueba admitida judicialmente.

**2)** Los **detectives o investigadores privados** tienen la consideración de testigos por lo que no basta con la aportación del informe en el que se recoja el resultado de su investigación, sino que este informe deberá ser ratificado por el detective en el acto del juicio ( TSJ Cataluña 13-1-95, sent. 17/95).

**3)** No tienen valor probatorio como testifical -sin perjuicio de que se permita su aportación ( TS 7-3-03 ) las **manifestaciones realizadas ante notario** y fuera del juicio, pues se impide que se pueda someter al testigo a las preguntas de la parte que no lo ha solicitado y por tanto, se impide la contradicción ( TS 6-3-91, EDJ 2465 ).

## 7739 Pericial

(LRJS art.93 y 95 ; LEC art.335 a 359)

El perito es aquel que tiene los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos cuando sean necesarios para probar hechos relevantes. Debe prestar juramento o promesa de decir la verdad. El perito debe ostentar la titulación propia de la pericia que vaya a practicar

Consiste en la declaración de personas que poseen conocimientos científicos, técnicos o prácticos sobre los hechos controvertidos objeto del proceso. El perito realiza su **valoración profesional** habitualmente en un informe, del que se da traslado a la parte contraria en el trámite de prueba documental a los efectos de su examen. El perito, después de ratificarse en su informe, procede a emitir oralmente el mismo, teniendo ambas partes y el juez la facultad de formular las preguntas oportunas para esclarecer los hechos. De oficio, o a instancia de parte, puede requerirse igualmente la intervención de un médico forense cuando se considere necesaria atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

Generalmente en el proceso laboral cada parte presenta sus propios expertos por lo que no es infrecuente que se presenten informes periciales contradictorios. Corresponde entonces al juez valorar esas pruebas atendiendo a la que se ajuste a las reglas de la sana crítica del juzgador.

El juez *a quo* tiene concedidas amplias facultades, en cuanto a valoración de la prueba practicada, por lo que en caso de **informes contradictorios**, si no concurren especiales circunstancias, no será revisable en suplicación la decisión del juzgador ( TS 17-12-90 ; 21-1-91 entre otras).

### Precisiones

**1)** No es necesaria **ratificación de los informes**, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate -p.e. los informes de valoración de la incapacidad en procesos de Seguridad Social-.

**2)** Cuando los informes presentados resulten especialmente **voluminosos o complejos**, el juez puede conceder a las partes un plazo de 3 días tras el juicio para presentar conclusiones sucintas por escrito ( LRJS art.87.6 ).

**3)** El juez puede solicitar también el **dictamen** de una o varias personas expertas en relación con la cuestión objeto del juicio ( LRJS art.95 ).

**4)** Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de **discriminación** por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso, el juez puede recabar el dictamen de los organismos públicos competentes.

## 7740 Reconocimiento judicial

(LRJS art.87.1; LEC art.353 a 359)

En el proceso laboral solo se recurre a este medio de prueba cuando se considere absolutamente imprescindible, por lo que reviste un carácter excepcional. Consiste en el desplazamiento del juez y de las partes para la inspección de un lugar, objeto o persona. En el reconocimiento pueden **intervenir las partes**, se levanta acta de lo actuado. Si se acuerda, puede suspenderse el juicio durante el tiempo necesario.

## 7741 Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes o sonidos

(LRJS art.90; LEC art.382)

Se admite expresamente como medio de prueba diferenciado la reproducción de palabras, imágenes o sonidos ante el juez, que deben ser aportados por medio del soporte adecuado, poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos.

Puede acompañarse transcripción literal de lo grabado ( LEC art.382.1 ) pudiendo acordarlo también el tribunal. Debe visionarse o escucharse la grabación, no bastando transcripción, si bien hay posiciones que admiten la falta de necesidad, según circunstancias ( TSJ Madrid 19-5-08 ) pues se ponderó la suficiencia de las fotografías obtenidas).

Se valora conforme a los criterios de la sana crítica, si bien no hay duda de que se trata de una prueba de gran poder de convicción, cuando lo filmado permite acreditar directamente los hechos que se pretenden probar. Así, trabajos incompatibles con IT ( TSJ País Vasco 30-6-08 ) o conversaciones de telemarketing ( TSJ Galicia 9-5-08 ). Sin embargo, no se da valor cuando no se acredita con claridad la autoría ( TSJ Madrid 9-10-09 ) o cuando lo grabado es irrelevante ( TSJ Extremadura 1-12-09 ).

En relación a la relevancia en la obtención de este tipo de pruebas del respeto de los derechos fundamentales ver nº 7727 .

Pese a ser una cuestión debatida, no parece que pueda considerarse como prueba documental los **archivos informáticos o filmaciones** presentados, por lo que no abren la vía del recurso de suplicación para la revisión de hechos probados ( TS unif doctrina 16-6-11, EDJ 225556 ) con un voto particular que defiende su equiparación a la prueba documental.

#### 7742 Valoración de la prueba: revisión a efectos de suplicación o casación

Corresponde al órgano jurisdiccional valorar la prueba en su conjunto y conforme a las reglas de la proporcionalidad y la sana crítica. En todo caso, algunas pruebas como se ha señalado tienen superior valor probatorio: documentos públicos o confesión en lo que perjudique a quien la haga. Como **regla general**, la convicción fáctica que alcance el juez no es revisable en fase de recurso salvo en lo que se derive de la prueba documental y pericial a efectos del recurso de suplicación ( LRJS art.193.b ) y solo de la documental para el recurso de casación ( LRJS art.207.d ). Respecto de la posibilidad de aportar **documentos nuevos en fase de recurso**, ver comentarios al recurso de suplicación (nº 8661 s ).

#### c. Último intento conciliatorio

(LRJS art.85.8)

7745 Practicada la prueba, y antes de las conclusiones, el juez puede suscitar la posibilidad de llegar a un acuerdo, salvo que exista oposición por alguna de las partes. Es el último intento de alcanzar una solución negociada para el conflicto pero, de fracasar, se continúa con el desarrollo del juicio oral.

#### d. Conclusiones

(LRJS art.87.4.5)

7749 Finalizado el período de prueba, las **partes**, o sus defensores o representantes, primero el actor y luego el demandado, formulan oralmente sus conclusiones de un modo concreto y preciso, con la finalidad de fijar definitivamente sus posiciones tras lo acontecido en el juicio. Se procede, pues, a la valoración de la prueba practicada para establecer, en función de la misma, los hechos controvertidos que pueden considerarse probados o que, por el contrario, no deberían admitirse. Si el **juez** no se considera suficientemente ilustrado sobre cualquiera de las cuestiones objeto del juicio, puede conceder a las partes el tiempo que estime conveniente para que proporcionen explicaciones sobre los particulares que él designe, si bien no es frecuente.

Finalizado este trámite, el juicio queda **visto para sentencia**, aunque debe firmarse el acta. Es posible que el juez solicite diligencias finales y/o que las partes presenten unas consideraciones escritas sobre la prueba practicada ( LRJS art.87 y 88 ).

### 5. Documentación del acto del juicio

(LRJS art.89; LEC art.147)

7751 Las sesiones del juicio oral deben ser grabadas en un **soporte informático** adecuado que permita la reproducción de la imagen y el sonido.

El **letrado de la Administración de Justicia** es el encargado de custodiar las grabaciones que se realicen y debe garantizar la autenticidad de las mismas, para lo cual puede emplear los sistemas de firma electrónica reconocida o cualquier otro similar. En ese caso, además, ya no será necesaria la presencia del letrado de la administración de justicia en el acto del juicio salvo que, como se señaló, las partes así lo pidan o el propio letrado de la Administración de Justicia considere conveniente su asistencia dada la complejidad de los asuntos planteados. Si los medios técnicos utilizados no permiten garantizar la autenticidad e integridad de la grabación, el letrado de la Administración de Justicia debe asistir a las sesiones del juicio.

Cuando por cualquiera de los motivos expuestos, el letrado de la Administración de Justicia está presente durante el juicio, levanta un acta sucinta reflejando los datos generales exigidos por la norma para el acta así como cualquier otro dato que no pueda reflejarse en el soporte que contenga la grabación.

Si el letrado de la Administración de Justicia **no está presente** en el juicio, no se levanta acta, remitiéndose la documentación del juicio a las grabaciones que se hayan realizado.

Si los medios técnicos no permiten la grabación es el único caso en que el letrado de la Administración de Justicia levanta **acta completa** indicando los siguientes **extremos**:

- lugar, fecha, juez o tribunal, partes comparecientes y defensores o representantes;
- breve resumen de las alegaciones y las pruebas solicitadas, justificando en su caso la denegación de las mismas;

- en cuanto a la prueba admitida y practicada, resumen de los interrogatorios a las partes y los testigos, relación de los documentos presentados, resumen suficiente de los informes periciales y, en su caso, de las declaraciones de los asesores; conclusiones y peticiones concretas solicitadas por las partes y declaración hecha por el juez de conclusión de los autos.

El letrado de la Administración de Justicia **resuelve sin posibilidad de recurso**, cualquier observación que se haga sobre el contenido del acta. El acta debe ser firmada por el juez en unión de las partes o sus representantes, haciéndose constar si alguna parte no firma por no poder, no querer o no estar presente. Por último, procede a firmarla el letrado de la Administración de Justicia.

## 6. Diligencias finales

(LRJS art.88)

**7753** Terminado el acto de juicio, y dentro del período para dictar sentencia, el juez puede acordar la **realización de las pruebas** que estime pertinentes para obtener un conocimiento más ajustado de los hechos. Las pruebas que se acuerden realizar se desarrollan de la misma forma que si se hubieran practicado en el juicio, con intervención de las partes para evitar indefensión. Si la prueba no se practica oralmente, se concede a las partes un plazo de 3 días para que puedan consultar dicha prueba, cuando no fuera posible darles traslado a través de medios telemáticos.

Para evitar demoras excesivas, en el auto por el que se decida la práctica de las pruebas, el juez fija un **plazo máximo** para su realización que no puede exceder de 20 días. Si transcurrido ese plazo, no se hubiera practicado la prueba, se puede fijar un segundo plazo no superior a 10 días transcurrido el cual, y previa audiencia en su caso a las partes, el juez procederá a dictar sentencia.

Si la diligencia final consiste en el interrogatorio de parte o en la petición de documento a alguna de las partes y finalmente no comparece la parte o no se aporta el documento solicitado, pueden estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraparte en relación con la prueba acordada.

## D. Sentencia

(LRJS art.97 , 98, 99 y 100 )

**7760** Con la sentencia, el órgano jurisdiccional proporciona una solución al conflicto planteado y fija los derechos de cada parte, abriendo la vía a la ejecución de la misma y, en su caso, a la presentación de los recursos que procedan frente a la misma. La sentencia debe ser motivada, justificando la solución que alcanza y congruente con las peticiones realizadas por las partes. Atendiendo al principio de inmediación, la sentencia debe dictarse en el plazo de 5 días desde la celebración del juicio oral, notificándose a las partes dentro de los 2 días siguientes.

La **estructura formal** de la sentencia ha de ser la siguiente:

a) **Parte preliminar:** se identifica el procedimiento con el número correspondiente, la fecha, el juez que la dicta y los nombres de las partes y sus representantes.

b) **Antecedentes** de hecho: se indican hechos procesales que se consideren relevantes, fecha de la demanda, solicitud de acumulación, incomparecencia de alguna de las partes.

c) **Hechos probados:** se exponen los hechos necesarios para la delimitación y comprensión del litigio. Son los elementos de convicción a que ha llegado el juez tras la valoración de la prueba practicada. La omisión de datos esenciales en los hechos probados puede suponer la anulación de la sentencia.

d) **Fundamentos de Derecho:** se razonan los argumentos que llevan a ajustar los hechos probados a unas normas sustantivas concretas para resolver el conflicto. El juez debe resolver sobre todas las cuestiones planteadas por las partes de forma motivada.

e) **Fallo:** debe ser claro, ajustado a lo pedido e indicando si se estiman o desestiman total o parcialmente las peticiones de las partes. Los pronunciamientos del fallo deben estar suficientemente fundamentados. Si se condena al abono de una cantidad, el juez la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución. No obstante, cuando se reclamen cantidades o prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer esas cantidades que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.

f) **Recursos:** la sentencia ha de indicar si es firme o no y, en su caso, los recursos que proceden frente a la misma.

**7762** **Aclaración, rectificación y complemento de sentencias**

A tenor del **principio de la inalterabilidad de las sentencias** los jueces y tribunales no pueden variar las sentencias que pronuncien después de firmadas ( LOPJ art.267 ). Esta garantía tiene relevancia constitucional ( TCo 141/2003 y

18/2004 ). La regla general tiene, sin embargo, excepciones. Una de ellas es la nulidad de las sentencias, que deberá solicitarse mediante el recurso que corresponda.

Puede **solicitarse** una aclaración o corrección de la sentencia ( LOPJ art.267 ; LEC art.214 ) siendo sus **límites**:

- la aclaración de un concepto oscuro;
- la rectificación de un error material ordinario;
- la rectificación de un error material manifiesto o aritmético.

Los dos primeros supuestos se califican como aclaraciones y pueden hacerse de oficio por el tribunal o letrado de la Administración de Justicia, según corresponda, en el plazo de los 2 días hábiles siguientes a la publicación de la resolución o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, supuesto en que la petición de aclaración debe resolverse en el plazo de 3 días desde la presentación de la correspondiente solicitud.

Las **rectificaciones de errores** manifiestos o aritméticos pueden hacerse en cualquier momento. En ambos casos se realizan por auto.

El problema que suscitan estas aclaraciones, rectificaciones y complementos es el de su alcance, que requiere precisar cuándo se está en una actividad lícita de este carácter y cuándo se produce una modificación o alteración de lo decidido contraria al principio de invariabilidad de las sentencias. Se ha admitido, aun variando el fallo cuando el error material fue manifiesto sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista. Analizan varias posibilidades ( TCo 11/2000 ; 289/2006 ; 305/2006 ).

## II. Proceso monitorio

(LRJS art.101)

**7770** El objeto del proceso monitorio en el orden jurisdiccional social es simplificar la tramitación de las **reclamaciones económicas individuales**.

Su regulación no dista en términos generales de la del proceso monitorio civil (nº 5216 s. ) que se introduce con la finalidad de permitir, con la mayor celeridad posible, la satisfacción del acreedor, ya sea mediante la atención por el deudor del requerimiento judicial de pago de la deuda, ya sea concediendo al acreedor un título ejecutivo similar al constituido por una sentencia firme de condena cuando el deudor ni paga ni se opone al pago, sin necesidad de pasar por la vía declarativa previa. En caso de oposición del deudor provocará la iniciación del procedimiento declarativo ordinario que proceda por razón de la cuantía. Se trata, al fin y al cabo, de un proceso igualmente similar al modelo de proceso monitorio europeo ( Reglamento CE/1896/2006, 12-12 ).

### Precisiones

Ha de tenerse en cuenta, además, que desde el 17-10-2012, deben utilizarse los formularios del **proceso monitorio europeo** ( Rgto CE/1986/2006 Anexos I, II, III, IV, V, VI y VII ), fecha en la que entran en vigor los nuevos anexos que contienen los formularios necesarios para la correcta aplicación del proceso monitorio europeo para la reclamación de cantidad- también en materia también laboral- sobre asuntos fronterizos. En concreto, en relación con los siguientes **asuntos**:

- petición de requerimiento europeo de pago;
- solicitud al demandante para que complete o rectifique una petición de requerimiento europeo de pago;
- propuesta de que el demandante modifique una petición de requerimiento europeo de pago;
- decisión de desestimación de una petición de requerimiento europeo de pago;
- requerimiento europeo de pago;
- oposición a un requerimiento europeo de pago; y
- declaración de ejecutividad.

### A. Objeto

**7772** La regulación proceso monitorio social tiene por objeto la reclamación al empresario de **cantidades derivadas de la relación laboral** y siempre y cuando se trate de cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada que no exceda de 6.000 euros ( LRJS art.101 ).

Solo procede su interposición en aquellas situaciones en las que la relación laboral esté formalizada y no se cuestione su existencia, lo que requiere, al menos, cierta acreditación documental de la misma: contrato por escrito u otros medios de prueba que permitan inferir la relación laboral existente, señalándose como ejemplos en el precepto recibos

de salarios, documento de cotización, informe de vida laboral «u otros análogos de los que resulte un principio de prueba de la relación laboral y de la cuantía de la deuda» ( LRJS art.101 ).

La **decisión de acudir** a este proceso, cuando se den los presupuestos procesales, frente al ordinario, corresponde al trabajador, pues se trata de un procedimiento de carácter facultativo.

A través de este procedimiento **no cabe reclamar**:

**a)** Las cantidades que se reclamen a favor de los trabajadores por los representantes en una reclamación de **carácter colectivo**.

**b)** Las cantidades que **excedan de 6.000 euros**. El interprete jurídico puede albergar ciertas dudas acerca de la licitud, a la luz del establecimiento de límite cuantitativo de 6.000 euros para la interposición del proceso monitorio social, de la opción del acreedor en aquellos casos en los que la deuda exceda de esta cantidad de optar por el fraccionamiento de la misma exigiendo su pago parcial mediante la interposición de varios procesos monitorios independientes. El precepto no establece límites al respecto, si bien estas actuaciones no favorecerían en absoluto el principio de economía procesal amén de no tener en cuenta la preclusión en la alegación de los hechos y fundamentos jurídicos ( LEC art.400 ).

**c)** Las **acciones** meramente **declarativas**.

**d)** Prestaciones de garantía a cargo del **FOGASA**, las cuales son objeto de procedimiento administrativo ante ese organismo, y en su caso, de procedimiento judicial ordinario ( LRJS art.23.5 ).

**e)** Las cantidades debidas por **empresas en situación de concurso**.

**f)** **Lareclamación a las entidades gestoras o colaboradoras** de la Seguridad Social de prestaciones contributivas o no contributivas. Sí cabría, en cambio, cuando las mismas sean a cargo exclusivo del empresario o cuando se trate de mejoras de Seguridad Social.

La **reclamación salarial** en un proceso monitorio posterior en el tiempo a la acción de extinción del contrato y a la de despido previas -y a las que se acumula- no puede producir litispendencia ( TSJ Asturias 14-3-14, EDJ 40325 ). La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida ( LEC art.410 ). Lo establecido en tal precepto determina que la **litispendencia** la causa el primer proceso iniciado -el de extinción y despido, en este caso- con respecto al segundo -reclamación de cantidad-, y no al revés. La juzgadora debió de haber entrado a conocer de las reclamaciones salariales acumuladas, pues el proceso monitorio, pendiente o no, no puede producir litispendencia.

## B. Procedimiento

(LRJS art.101)

**7774** En relación al procedimiento a seguir en el proceso monitorio hay que tener en cuenta las **siguientes fases**:

### **7776** Petición inicial

La petición inicial **puede presentarse** mediante entrega física o por medios informáticos, en la que se identifique al deudor y se muestre el detalle desglosado de la deuda que se reclama y los conceptos de la misma.

Para ello, en primer término debe identificarse de forma completa y precisa al empresario deudor, debiendo aportarse datos de identificación fiscal, domicilio completo y localización, y en su caso de comunicación, por medios informáticos y telefónicos, tanto del demandante como del demandado, así como el detalle y desglose de los concretos conceptos, cuantías y períodos reclamados.

Para que proceda este procedimiento se requiere que conste la posibilidad de **notificación al deudor** por los procedimientos previstos de forma ordinaria ( LRJS art.56 y 57 ), esto es que se puedan realizar citaciones, notificaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de la sede de la oficina judicial, a través del correo ordinario, o bien a través del telégrafo, fax, correo electrónico o por cualquier otro medio idóneo de comunicación o de transmisión de textos si los interesados facilitaran los datos indicativos para utilizarlos. Admitiéndose también subsidiariamente la entrega de la copia de la resolución o de cédula al destinatario ( LRJS art.57 ).

La solicitud debe presentarse, preferentemente, por medios informáticos, de disponerse de ellos, pudiendo extenderse en el modelo o formulario que se facilite al efecto.

Es necesario acreditar además de la deuda, **prueba de la exigencia de relación laboral**, por lo que debe acompañarse de copia del contrato, recibos de salarios, comunicación empresarial o reconocimiento de deuda, certificado o documento de cotización o informe de vida laboral, u otros documentos análogos de los que resulte un principio de prueba de la relación laboral y de la cuantía de la deuda, así como documentación justificativa de haber intentado la previa conciliación o mediación cuando estas sean exigibles.

### 7778 Comprobación de la solicitud

Una vez presentada la petición inicial, el letrado de la Administración de Justicia ha de proceder a la comprobación de los requisitos anteriormente señalados, completando, en su caso, los indicados en la solicitud con otros domicilios, datos de identificación o que afecten a la situación empresarial, utilizando para tal fin los medios de que disponga el juzgado, y conceder trámite de subsanación por 4 días de cualquier defecto que pudiese apreciar, salvo que sean insubsanables. En caso de apreciar defectos insubsanables, o de no subsanarse en plazo los apreciados, da cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión o inadmisión de la petición, lo cual debe hacer mediante auto, contra el que cabe recurso de reposición.

### 7780 Requerimiento al empresario deudor

De ser admisible la petición, debe requerirse al empresario para que, en el plazo de 10 días:

- pague al trabajador, acreditándolo ante el juzgado; o
- comparezca ante el juzgado y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

El requerimiento al empresario deudor se realiza con **apercibimiento** de que de no pagar la cantidad reclamada ni comparecer alegando las razones de la negativa al pago, se despachará ejecución contra él. Este requerimiento no podrá practicarse mediante edictos.

Del requerimiento se da traslado por el mismo plazo de 10 días al **FOGASA**, plazo que debe ampliarse en este caso por otros 10 días más, si el FOGASA manifiesta que necesita efectuar averiguaciones sobre los hechos de la solicitud, en especial sobre la solvencia empresarial.

### 7782 Terminación del proceso

Transcurrido el plazo conferido al empresario deudor en el requerimiento, las posibilidades de finalización del proceso serían las siguientes:

- a) **Abono o consignación por parte del empresario de las cantidades reclamadas:** de haberse abonado o consignado el total importe se archiva el proceso, previa entrega de la cantidad al solicitante.
- b) Que el empresario no efectúe **opción en plazo**, esto es, de no haber mediado ni pago ni oposición por escrito y en forma motivada, del empresario o del FOGASA: el letrado de la Administración de Justicia dicta decreto dando por terminado el proceso monitorio y da traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud. Desde la fecha de este decreto se devenga el interés procesal correspondiente ( LRJS art.251.2 ).

Al dotar de eficacia al decreto del letrado de la Administración de Justicia para instar directamente una ejecución, la Ley le otorga valor de resolución judicial, sentencia firme, o título judicial o extrajudicial de los que fundan la acción ejecutiva ( LRJS art.237 ; LEC art.517 ). Para instar la ejecución basta la mera solicitud ( LRJS art.101.c ), por lo que no parece que sean exigibles al correspondiente escrito los requisitos correspondientes a la solicitud de ejecución general ( LRJS art.239.2 ). En cuanto al plazo, puede solicitarse tan pronto haya ganado firmeza el referido decreto, sin que sea de aplicación el plazo de espera de 20 días ( LEC art.548 ).

Aunque no se dice nada sobre el **plazo para instar la ejecución**, el mismo será el de prescripción de un año, establecido con carácter general para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero ( LRJS art.243.2 ).

## C. Recursos

**7785 1.** Contra el **auto de despacho de la ejecución**, conteniendo la orden general de ejecución, solo procede **oposición** ( LRJS art.239.4 ) pudiendo alegarse a tal efecto la falta de notificación del requerimiento.

**2.** Contra el **auto resolutorio de la oposición** no procede recuso de suplicación, pues aquí solo se ha previsto la posibilidad de formular oposición aduciendo pago o cumplimiento documentalmente justificado, prescripción de la acción ejecutiva u otros hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad que se pretende ejecutar siempre que hubieran acaecido con posterioridad a la constitución del título, sin que sea admisible la compensación de deudas como causa de oposición. Esto hace que se plantee la duda de si el escrito de oposición ha de interponerse en el plazo previsto para el recurso de reposición, 3 días ( LRJS art.187.1 ), o de 10 días fijado para la oposición a la ejecución ( LEC art.556.1 ).

En caso de **insolvencia o concurso posteriores**, el auto de despacho de la ejecución sirve de título bastante, a los fines de la garantía salarial que proceda según la naturaleza originaria de la deuda; si bien no tiene eficacia de cosa juzgada ( LRJS art.101.d ), aunque excluye litigio ulterior entre empresario y trabajador con idéntico objeto

y sin perjuicio de la determinación de la naturaleza salarial o indemnizatoria de la deuda y demás requisitos en el expediente administrativo oportuno frente a la institución de garantía, en su caso.

Sin embargo, esa posibilidad del FOGASA, de no vincularse al resultado del proceso monitorio, pudiendo en consecuencia dictar la resolución que considere procedente, reafirma la naturaleza de título bastante del auto de despacho de la ejecución, que servirá a los efectos de la garantía salarial que proceda, en caso de insolvencia o concurso posteriores, según la naturaleza originaria de la deuda.

#### 7787 Oposición del empresario (LRJS art.239.4)

Si se formulase **oposición total** en el plazo y la forma indicadas, se da traslado a la parte actora, que puede, en los 4 días siguientes, presentar ante el juzgado de lo social demanda, concediéndose al actor la posibilidad de transformar el proceso monitorio en un proceso ordinario, en cuyo caso se procederá seguidamente al señalamiento ulterior de los actos de conciliación y juicio en la forma ordinariamente prevista. Si no se presentase demanda en el plazo mencionado se procede al sobreseimiento de las actuaciones ( LRJS art.101.e ).

En el caso de que la **oposición** formulada por el deudor fuera **parcial**, solo referida a **parte de la cantidad reclamada**, el demandante puede solicitar del juzgado que se dicte auto acogiendo la reclamación en cuanto a las cantidades reconocidas o no impugnadas. Este auto servirá de título de ejecución, que el demandante puede solicitar mediante simple escrito sin necesidad de esperar a la resolución que recaiga respecto de las cantidades controvertidas ( LRJS art.101.g ).

#### 7789 Imposibilidad de notificación al empresario deudor

Si no hubiera sido posible notificar en la forma exigida el requerimiento de pago se procede a dar traslado al actor dándole la opción de que presente demanda en los términos y con el trámite señalado en el apartado anterior.

### SECCIÓN 3

## Procesos especiales

8050	A. Despido disciplinario	8055
	B. Extinción por causas objetivas	8160
	C. Despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción	8180
	D. Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación	8200
	E. Impugnación de sanciones	8230
	F. Fijación de las fechas de disfrute de las vacaciones	8250
	G. Procesos en materia electoral	8260
	H. Clasificación profesional	8280
	I. Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensión contractual y reducción de jornada	8305
	J. Ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral	8335
	K. Materia de Seguridad Social	8350
	L. Conflictos colectivos	8435
	M. Impugnación de convenios colectivos	8450
	N. Impugnación de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales y su modificación	8470
	Ñ. Tutela de derechos fundamentales y libertades públicas	8490

### A. Despido

8055	1. Actos previos de evitación del proceso	8060
	2. Demanda por despido	8075
	3. Juicio oral	8097
	4. Sentencia	8105
	5. Ejecución de las sentencias de despido	8135

8056 El despido es un **acto unilateral del empresario** por el que extingue el contrato de trabajo, por lo que la acción por despido regulada en la ley procesal social ( LRJS art.102 a 124 ) puede interponerse no solo contra los despidos disciplinarios, sino también contra cualquier supuesto de extinción del contrato por voluntad del empresario.



La regulación del procedimiento para reclamar contra el despido, contiene una remisión genérica al proceso ordinario ( LRJS art.80 a 101 ) y a las disposiciones comunes a todos los procedimientos, de forma que en los apartados siguientes nos limitamos a recoger las especialidades propias de cada tipo de despido ( LRJS art.102 a 124 ). Las previsiones y procedimiento relativos al despido disciplinario resultan de aplicación a todas las extinciones de contrato por voluntad del empresario, sin perjuicio de lo previsto específicamente para el despido por causas objetivas ( nº 8160 s ). El despido colectivo cuenta con su propia regulación ( nº 8180 ).

#### Precisiones

Si la demanda no pretende ningún pronunciamiento acerca de la calificación del despido, sino tan solo el **abono de la indemnización** consiguiente, esta pretensión se puede canalizar mediante el proceso ordinario a través de una reclamación de cantidad ( TS 22-1-07, EDJ 7451 ). De hecho, las diferencias en la indemnización por despido solo pueden hacerse valer en el marco del procedimiento ordinario por impago o discrepancia sobre su monto, siempre que exista conformidad en los elementos en función de los cuales se ha de calcular la indemnización, como la antigüedad del trabajador ( TS 30-11-10, EDJ 265398 ; 4-5-12, EDJ 109411 ).

#### 1. Actos previos de evitación del proceso

**8060** La demanda por despido ha de ir precedida de la **conciliación previa** con carácter general, o solicitud de mediación.

El **plazo de ejercicio** de la acción por despido es de caducidad a todos los efectos, por lo que se suspende con la presentación de la solicitud (demanda-papeleta) de conciliación, reanudándose cuando se entienda finalizada esta fase previa ( TS 15-3-05, EDJ 47120 ; 23-1-06, EDJ 4059 ; 7-4-06, EDJ 59657 ; 24-9-07, EDJ 184467 ; 21-12-09, EDJ 321836 ). esto es, al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días hábiles desde la presentación de la papeleta sin que se haya celebrado el acto.

No es necesaria la conciliación previa en los procesos de impugnación de **despido colectivo** por los representantes de los trabajadores ( LRJS art.64 y 70 ). Asimismo se exceptúan legalmente otros supuestos del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación ( LRJS art.64 ).

#### Precisiones

Desde el 2-10-2016 la **exigencia de reclamación previa** solo se mantiene respecto de los pleitos sobre prestaciones de Seguridad Social. En el resto de pleitos se exige agotar la vía administrativa cuando así lo establece la normativa de procedimiento administrativo, salvo en el caso de demandas de tutela de derechos fundamentales ( LRJS art.70 ).

#### 8062 Cuestiones prácticas

Se pueden plantear varias cuestiones prácticas acerca de la conciliación y reclamación administrativa previa en las reclamaciones frente al despido, como son entre otras:

- vulneración de un derecho fundamental ( nº 8063 );
- plazo de presentación y efectos sobre la caducidad ( nº 8064 );
- lugar de presentación ( nº 8065 );
- subsanación de errores ( nº 8066 );
- competencia del órgano conciliador ( nº 8067 );
- contenido del escrito ( nº 8068 );
- inasistencia al acto de conciliación ( nº 8069 ).

#### 8063 Vulneración de un derecho fundamental

Es necesario plantearse qué ocurre cuando la impugnación del despido se basa en la vulneración de un derecho fundamental, proceso, este último, excepcionado de la conciliación o agotamiento de la vía administrativa previa ( LRJS art.64 ), pero exigido cuando el proceso que se sigue es el de despido, que es el que procede aunque se alegue la lesión de un derecho fundamental ( LRJS art.184 )

#### Precisiones

Sobre esta cuestión se aplican las garantías del proceso de tutela a los procesos relacionados con la lesión de un derecho fundamental en los que se ventilen pretensiones de esta clase ( TCo 257/2000 ; TS 29-6-01, EDJ 31154 ) pero al seguirse el **proceso de despido** la práctica habitual es la interposición de la papeleta de conciliación o el agotamiento de la vía administrativa y resulta lo procedente al seguirse el proceso por despido en el que es obligatorio agotar la vía previa.

#### 8064 Plazo de presentación y efectos sobre la caducidad

El plazo de presentación de la papeleta de conciliación o mediación es el mismo que para la presentación de la demanda, en el caso del despido **20 días hábiles**, contados desde el día siguiente a aquel en el que el empresario decide prescindir del trabajador, el día siguiente al de la recepción de la carta de despido, siendo este un plazo, como se ha dicho, de caducidad, y puede presentarse la papeleta de conciliación dentro del último día del plazo, pero no el siguiente día hábil al de su vencimiento antes de las 15 horas ( TS 16-1-07, EDJ 5506 ).

En el supuesto de **solicitud de conciliación**, el cómputo del plazo de caducidad se suspende el mismo día en que se presenta la solicitud, día que no se computa a efectos de consumir el plazo. La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspende los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos 15 días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado. En todo caso, transcurridos 30 días sin celebrarse el acto de conciliación se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite ( LRJS art.65.1 y 2 ; TSJ Cataluña 24-1-08, EDJ 36395 ).

A estos efectos de caducidad el plazo para ejercitar la acción por despido, **los días son hábiles**, por lo que no se incluyen los sábados, ni los domingos ( TS 26-9-08, EDJ 197292 ; 21-12-09, EDJ 321836 ), ni los días 24 y 31 de diciembre ( LRJS, art.65.1 y 103.1 ). En cuanto al **mes de agosto**, a estos efectos, es hábil, en consideración al carácter sustantivo y no procesal de la acción por despido ( TS 24-4-90, EDJ 4351 ), y por establecerse legalmente el despido entre las modalidades procesales para los que el mes de agosto se considera hábil ( LRJS art.43.4.1º ). Además, este mes es hábil no solo en la instancia, sino también en vía de recurso.

#### 8065 Lugar de presentación

La solicitud de conciliación, comúnmente llamada papeleta de conciliación, debe dirigirse al SMAC u organismo que le sustituya, en función del lugar de la prestación de los servicios o del domicilio de los interesados, a elección del solicitante ( TS 9-12-09, EDJ 31521 ; 8-2-10, EDJ 14360 ).

#### 8066 Subsanación de errores

Los errores en la **interposición** de la papeleta de conciliación o de la reclamación son subsanables, y suspenden el plazo de caducidad ( TCo 12/2003 ; TS 16-11-04 ; TSJ Madrid 8-2-05 ). Es más, la **ausencia del trámite** de conciliación o mediación previa no impide la admisión provisional de la demanda de despido, otorgando el letrado de la Administración de Justicia un plazo de 15 días a la parte demandante para su subsanación, lo que constituye la garantía de que los importantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales que pudiera imputársele a aquella ( TCo 119/2007 ; 199/2000 ; 69/1997 ; TS 22-12-08, EDJ 272968 ).

#### 8067 Competencia del órgano conciliador

La celebración del acto de conciliación entre las partes ante un órgano incompetente no es motivo para que pueda rechazarse la tramitación de una demanda, anularse las actuaciones o entender no interrumpido el plazo de prescripción o suspendido el de caducidad, pues los defectos en la tramitación del acto de conciliación como el que comentamos, no constituye **infracción procesal**, pues no estamos ante un procedimiento judicial ( TS 21-7-98, EDJ 18012 ).

#### 8068 Contenido del escrito

La papeleta de conciliación o de la reclamación previa se inicia con el **encabezamiento** donde han de consignarse los datos de todas las partes, la indicación de que se solicita conciliación previa al procedimiento judicial de que se trate y los **hechos** en que se fundamenta la petición. Estos pueden reseñarse de manera más abreviada que en la demanda posterior, pero es aconsejable, tanto por razones procesales como funcionales, que el relato de los hechos se haga de tal manera que pueda reproducirse sin más en la demanda judicial, pues en la demanda no pueden introducirse hechos nuevos o distintos a los consignados en la papeleta de conciliación. La papeleta termina **solicitando** al SMAC u organismo equivalente que señale día y hora para la celebración del preceptivo acto de conciliación, en el que la parte demandada se avenga a reconocer el derecho pretendido y a hacer frente a las consecuencias legales que de ello se derive.

#### 8069 Inasistencia al acto de conciliación

La asistencia al acto de conciliación o mediación es obligatoria para las partes si bien las consecuencias de la inasistencia son muy diferentes para el demandante y demandado:

a) **Inasistencia del demandante:** si no alega justa causa, supone que se entiende no presentada la demanda y no suspendido el plazo de caducidad, si bien y en el caso de que no se haya agotado el plazo para el ejercicio de la acción de que se trate, nada impide volver a interponer la papeleta, con o sin la misma redacción.

En cuanto a la **comparecencia irregular** del trabajador, no puede tener las mismas consecuencias que la incomparecencia, entendiéndose que dicha consecuencia vulneraría el derecho a la tutela judicial, ya que se privaría a la parte del derecho a que los órganos judiciales revisen y fiscalicen la actividad de los letrados conciliadores del SMAC ( TCo 346/1993 ). Así, se entiende que la incomparecencia del trabajador **demandante** por causa justa o por no constar debidamente citado supone que la conciliación se tiene por intentada y sin efecto, lo que permite el acceso al proceso ( TSJ Extremadura 28-10-10, EDJ 280225 ).

b) **Inasistencia del demandado:** entendiéndose que la asistencia es obligatoria se tendrá por intentada la conciliación o mediación y sin efecto, pudiendo en su momento el juez apreciar temeridad o mala fe en la incomparecencia, si fuera injustificada y sancionar al demandado hasta el límite de 600 euros ( LRJS art.97.3 ), si la sentencia que dicte coincide con las pretensiones deducidas en la papeleta ( LRJS art.66.3 ; TS 7-5-10, EDJ 122404 ).

#### Precisiones

Si no comparece el demandado y el órgano ante el que se interpuso resulta territorialmente incompetente y no guarda relación alguna con el contrato de trabajo, puede considerarse que la conciliación no ha sido intentada, lo que supone que los **plazos de prescripción y caducidad** no se habrán interrumpido o suspendido respectivamente ( TS 16-2-84, EDJ 1007 ). Tiene en cambio plena eficacia el acto de conciliación celebrado en localidad distinta a aquella en la que se presenta la demanda dentro de la misma provincia ( TSJ Sevilla 5-5-10, EDJ 137564 ).

#### 8071 Efectos de la comparecencia al acto de conciliación

Compareciendo ambas partes, el resultado del acto de conciliación o mediación puede ser:

- **con avenencia**, en cuyo caso, lo acordado tiene fuerza ejecutiva sin necesidad de ratificación ante el juez ( LRJS art.68 );

- **sin avenencia**, esto es, sin reconocimiento de improcedencia o nulidad y en este caso el trabajador tiene expedita la vía judicial, igual que ocurrirá cuando el empresario ofrezca la readmisión que el trabajador podrá aceptar o no, y sin que el rechazo, le prive de la posibilidad de iniciar la acción judicial por despido ( TS 11-12-07, EDJ 279871 ; 3-7-01, EDJ 31247 );

- el resultado puede ser **intentado y sin efecto** en los supuestos de incomparecencia del empresario, quedando abierta la vía judicial.

#### Precisiones

En cuanto a la **oferta empresarial de readmisión** en el acto de conciliación, el trabajador es libre de aceptar o no tal ofrecimiento en el acto de conciliación o en la mediación, sin que su rechazo le prive de la acción por despido, pudiendo interponer la correspondiente demanda por despido ( TS 11-12-07, EDJ 274871 ; 27-1-05, EDJ 101893 ; 6-4-04, EDJ 261128 ; 24-5-04, EDJ 160201 ; 3-7-01, EDJ 31247 ; 6-4-04, EDJ 261128 ; 1-7-96, EDJ 4093 ; 27-1-10, Rec 1289/04 ).

#### 8072 Impugnación

(LRJS art.67.1 y 2)

Se establece el derecho de las partes o de terceros a impugnar ante el juez, en el plazo de 30 días, el acuerdo alcanzado en conciliación si les ha producido perjuicio, ejercitando para ello la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

## 2. Demanda por despido

8075 En la realización de una demanda por despido deben considerarse diferentes cuestiones como son la legitimación y la posible existencia de un litisconsorcio, la presencia o no del Ministerio Fiscal, del sindicato y del Fondo de Garantía

Salarial, las cuestiones de postulación y defensa, el plazo de presentación, el juzgado que pueda resultar competente desde el punto de vista funcional y territorial, los datos que deben incluirse en el propio escrito de demanda y la posibilidad o no de subsanación del mismo.

### 8077 Legitimación

La legitimación puede ser activa o pasiva

a) **Activa**: está legitimado para reclamar contra el despido, el trabajador que ve resuelto su contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario.

b) **Pasiva**: esta legitimado el empresario que resuelve el contrato de trabajo o los empleadores que le han despedido o que han desconocido su derecho a permanecer o incorporarse a su puesto de trabajo.

En caso de **error en la persona del empresario** el trabajador puede bien promover una nueva demanda contra el empresario legitimado ( LRJS art.103.3 ), bien ampliar la demanda de no haberse celebrado el juicio, habiéndose entendido en estos casos que el plazo de caducidad no se inicia hasta que conste el verdadero empresario ( TSJ C.Valenciana 16-10-11, EDJ 311218 ). Sin embargo, cuando el trabajador dirige su demanda contra una persona que no es su empleador, pese a conocer o estar en disposición de conocer, la identidad de la que realmente lo era, el cómputo del plazo de caducidad de la acción no se suspende, ya que el error no es excusable ( TSJ Madrid 11-3-08, EDJ 52409 ; TSJ Cataluña 18-10-07, EDJ 252607 ).

Son normales en los procesos por despido las situaciones consorciales. El litisconsorcio puede ser voluntario y necesario.

### 8078 Litisconsorcio voluntario

(LEC art.12.1)

Es el más frecuente debiéndose distinguir cuando afecta a la parte demandante o a la demandada:

a) Desde la **posición activa**, pueden acumularse las acciones correspondientes a dos o más trabajadores que hayan sido despedidos por un mismo empleador y por los mismos motivos, en una única demanda o en varias demandas acumulables en un único proceso, dictándose una sola sentencia.

b) En la **posición pasiva** puede demandarse a todos aquellos que sean empleadores del despido y también a quienes sin tener esta condición pueden ser responsables solidarios de las consecuencias de la extinción. Estas situaciones se relacionan con los **supuestos de complejidad empresarial**, como el caso de:

1. **Grupos de empresa**, donde el grupo puede determinar una posición empresarial plural cuando todas las empresas del grupo tienen la condición de empresario o, sin compartir esta posición, pueden asumir las empresas integrantes del grupo una responsabilidad solidaria empresarial ( TS 22-6-11, EDJ 155638 ; 23-1-07, EDJ 8713 ; 9-5-90, EDJ 4878 ; 31-1-91, EDJ 971 ; 29-10-97, EDJ 9878 ; 9-7-01, EDJ 69370 ).

2. **Sucesión de empresa** o de las obligaciones convencionales de subrogación en las que el litisconsorcio es voluntario, pues la posición empresarial es única: de la primera empresa, si no ha habido sucesión, o de la nueva, si la sucesión existe ( TS 23-12-11, EDJ 327224 ).

3. **Cesión de trabajadores** el litisconsorcio también es voluntario: la acción se ha de dirigir contra el empresario con el que se opta por mantener la relación y la ampliación de la demanda se ha de realizar a efectos preventivos o para lograr una condena solidaria ( TS 8-3-11, EDJ 19876 ).

4. **Franquicias** cuando la franquiciadora es la que realmente controla y dirige la política de recursos humanos de sus franquiciadas (selección de personal, ascensos,...). Aunque son las franquiciadas las que contratan a los trabajadores, les abonan el salario, les dan de alta en Seguridad Social, cursan las órdenes y organizan el trabajo ( TSJ Madrid 21-5-02, EDJ 58427 ).

5. **Despido de un trabajador víctima del acoso** o de **lesión de derechos fundamentales y libertades públicas**, se reconoce al trabajador el derecho de dirigir pretensiones contra cualquier sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario, cuando pretenda su condena o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare, supuesto este último en el que el litisconsorcio sería necesario ( LRJS art.177.4.f ; TS 9-5-11, EDJ 131443 ; 30-1-08, EDJ 41767 ; 16-7-04, EDJ 160216 y 19-6-07, EDJ 100967 ; TSJ Las Palmas 30-11-09, EDJ 365726 ; TSJ Asturias 20-12-10, EDJ 317970 ).

### 8079 Litisconsorcio necesario

Esta figura es menos frecuente, existe algún caso en el que se ha debido citar a otros trabajadores que pudieran resultar perjudicados por el resultado de la litis, cuando el éxito de la acción de despido puede poner en cuestión su puesto de trabajo, pero la doctrina jurisprudencial es restrictiva ( TS 11-6-94, EDJ 5293 ).

El litisconsorcio necesario se reconoció judicialmente en los procesos sobre vulneración de **derechos fundamentales**, incluidos los casos de acoso, declarando la nulidad de actuaciones y retrotrayendo las actuaciones al momento previo a la presentación de la demanda para que la acción de tutela de derechos fundamentales se ejercitase no solo frente al empresario sino también respecto del trabajador que acosaba moralmente a la actora y respecto del que se solicitaba fuera trasladado disciplinariamente ( TS Sala General 30-1-08, EDJ 73323 con voto particular).

**8081 Ministerio Fiscal**  
(LRJS art.17.4, 177.3 y 184 )

Ha de ser parte siempre que en la demanda por despido se alegue la vulneración de un derecho fundamental. Se parte de que no puede otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o la conducta del que pueda derivarse la lesión que se alega ( TS 29-6-01, EDJ 31154 ). Sin perjuicio de lo anterior, para anular las actuaciones por no citación al Ministerio Fiscal, jurisprudencialmente se exige que por la parte recurrente se cumplan las dos **exigencias legales**:

1. La formulación de la obligada **protesta** por la falta de citación del fiscal ( TS 15-11-05, EDJ 214109 ).
2. Que tal falta de citación haya producido **indefensión** ( LRJS art.207.c ). No concurre este segundo requisito cuando la recurrente es la empresa, pues no se alcanza a comprender cómo pudo causarle indefensión la falta de una garantía que la ley establece, sin duda, en beneficio del trabajador, por lo que desestima el recurso ( TS 29-6-01, EDJ 31154 )

**8082 Sindicato**

Puede intervenir en el proceso por despido en **varias posiciones**:

- a) En despidos por motivos sindicales puede intervenir como **coadyuvante** ( LOLS art.14 y LRJS art.177.2 ), complementando la defensa del trabajador, pero siempre subordinado a las decisiones que este tome dentro del proceso; habiéndose reconocido tal facultad al sindicato al que se encontrase afiliado el trabajador, así como cualquier otro que ostentase la condición de más representativo ( TCo 257/2000 ).
- b) Como **representante voluntario** del trabajador, interponiendo en su nombre la demanda, cuando se trate de un trabajador afiliado ( LRJS art.20 y LOLS art.2.2 ; TS 11-12-00, EDJ 55065 ; TSJ Cataluña 10-3-11, EDJ 77332 ; TSJ País Vasco 16-11-10, EDJ 355996 ).

**8083 Fondo de Garantía Salarial**

Puede ser también parte en el proceso de despido en **dos posiciones** distintas:

1. **Facultativa** y se refiere a los procesos en los que pudiera derivarse posteriormente para él alguna obligación de garantía ( LRJS art.23.1 ).
2. **Necesaria** y se refiere a los procesos en que estén demandadas las empresas incursas en un **procedimiento concursal** ( LRJS art.23.2 ). Para este caso se concluye que la posición del FOGASA es de un interviniente adhesivo atípico, pues no se ajusta a los cánones de intervención que la doctrina procesalista ha establecido para el proceso civil, pues siendo en principio un interviniente adhesivo simple, participa de facultades que son propias del litisconsorcio ( TS 14-10-05, EDJ 188490 ; 24-3-04, EDJ 40606 ; 22-10-02, EDJ 61460 ).

**8084 Postulación y Defensa**  
(LRJS art.18)

Las partes pueden comparecer por sí mismas o conferir su **representación** a procurador, graduado social o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. La representación puede conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante letrado de la Administración de Justicia o por escritura pública.

La **defensa** del trabajador por abogado tiene carácter facultativo en esta primera fase del proceso (instancia). Ahora bien, si el trabajador pretendiera comparecer en juicio asistido de abogado, procurador o graduado social, tiene que hacerlo constar en la demanda ( LRJS art.21.3 ).

Igual obligación se impone al demandado, quien debe comunicar dentro de los 2 días siguientes a la citación para juicio, su intención de comparecer representado por procurador o graduado social, y designar abogado en otro plazo igual. El incumplimiento de estos requisitos supone la renuncia de la parte al derecho de valerse en el acto del juicio de abogado, procurador o graduado social.

La exigencia de estos requisitos está establecida para garantizar el derecho de igualdad de las partes en el proceso.

**8085 Lugar y plazo de presentación**

Desde el 1-1-2016 todas las comunicaciones y notificaciones de los procedimientos desde el 1-1-2016 han de presentarse en formato electrónico a través de **LexNet**

El plazo para reclamar contra el despido es de **20 días hábiles** a contar desde el día siguiente a la fecha de efectos del despido. Dicho plazo es de caducidad a todos los efectos y **no se computan** los sábados, domingos y los días 24 y 31 de diciembre, (ni los días de fiesta nacional ni tampoco se incluyen los festivos en la localidad del juzgado ante el que se presente la demanda ( LRJS, art.65.1 y 103.1 ; TS 4-10-05, EDJ 166178 ; 21-12-09, EDJ 321836 ). Téngase en cuenta lo expuesto en el apartado destinado a la conciliación previa (nº 7573 ).

La demanda por despido puede presentarse antes de las 15:00 horas del día siguiente hábil al del vencimiento del plazo ( TS 15-3-05, EDJ 47120 ), en el servicio común procesal o en la sede del órgano judicial.

El mes de **agosto** es hábil a todos los efectos de este cómputo y no solo en la instancia, también para actos previos y recursos.

En cuanto a las **horas para la presentación** de la demanda, al hacerse en formato electrónico se puede realizar todos los días del año durante 24 horas, y de presentarse por esta vía en día inhábil se entenderá presentada en el primer día hábil siguiente ( LEC art.135.1 ).

#### Precisiones

**1)** No se incluyen en el cómputo los **días de presentación** de la papeleta de conciliación, ni el de celebración de la conciliación ( TS 14-6-88, EDJ 5162 ; 26-9-08, EDJ 197292 ; TSJ C.Valenciana 24-2-09, EDJ 80130 , en cuanto a la exclusión del cómputo de los días 24 y 31 de diciembre).

**2)** El **plazo se suspende** desde la presentación de la papeleta de conciliación o de mediación, hasta el día de su celebración, por un período máximo de 15 días. Sí a la fecha en que se cita a las partes para la celebración del acto de conciliación o de mediación, hubieran transcurrido más de 15 días- contados desde la presentación de la papeleta-, es recomendable presentar la demanda en el juzgado *ad cautelam*, pues el plazo de caducidad de 20 días se reanuda pasados los 15 días ( TSJ Cataluña 6-7-07, EDJ 138296 ; 7-3-08, EDJ 57143 ).

**3)** Los tribunales han entendido **no caducada la acción** y presentada en plazo la demanda en un supuesto en el que la papeleta de conciliación se interpuso antes de las 15 horas del día 21º del plazo y la demanda el mismo día en el que se celebró el acto de conciliación sin avenencia ( TS 26-5-15, EDJ 118067 ).

#### 8086 Competencia funcional y territorial

(LRJS art.6 , 10 )

La competencia para conocer de las demandas que se formulen por despido está atribuida a los juzgados de lo social y con **carácter general** es competente el juzgado del lugar de prestación de servicios o el del domicilio del demandado a elección del demandante.

Si la prestación de servicios se realiza en lugares pertenecientes a distintas circunscripciones territoriales, el trabajador puede elegir entre aquel de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado.

Si fueran **varios** los **demandados**, y se optare por el fuero del domicilio, el actor puede elegir el de cualquiera de los demandados.

#### 8088 Contenido de la demanda

(LRJS art.80)

Las demandas por despido, además de los requisitos generales previstos deben contener los **siguientes**:

**a) Antigüedad**, concretando los periodos en que hayan sido prestados los servicios; la categoría profesional; **salario**, tiempo y forma de pago; **lugar de trabajo**; **modalidad y duración de contrato**; **jornada**; **grupo profesional**; características particulares, si las hubiera, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.

**b) Fecha de efectividad del despido** y forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido.

La demanda debe poner de manifiesto si el despido ha tenido lugar mediante comunicación escrita, verbal o de manera tácita. La **causa petendi** vincula al demandante y si se solicita que se dicte sentencia, por la que estimando la demanda, se declare la improcedencia del despido verbal o tácito efectuado por la empresa, no cabe declarar el despido improcedente por falta de acreditación de hechos contenidos en la carta de despido no recogida por el trabajador y a la que no se refiere la demanda ( TSJ Cataluña 5-2-10, EDJ 55505 ).

c) Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de **representante** legal o sindical **de los trabajadores** o delegado de prevención ( LRJS art.19 y 37 ), así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada en su caso.

d) Si el trabajador se encuentra **afiliado a algún sindicato**, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado este sin la previa audiencia de los delegados sindicales si los hubiera.

La exigencia de los requisitos enumerados está íntimamente relacionada con cuestiones de forma y procedimiento (fecha de efectos del despido para el cómputo del plazo de caducidad del ejercicio de la acción; cumplimiento o incumplimiento de las formalidades del despido), y sustantivas a tener en cuenta en la correcta ejecución de la sentencia que en su día se dicte en atención a la calificación que se haga del despido.

Es conveniente consignar de manera detallada todos los requisitos enumerados y en cuanto al salario, si se tratase de supuestos complejos, deben ser detallados todos los conceptos, la forma en que se recibe si es en metálico o en especie, en cuyo caso ha de constar su valoración.

e) Si en el despido se alega vulneración de un **derecho fundamental**, habrán de señalarse los daños y perjuicios y la cuantificación de la indemnización correspondiente ( LRJS art.26.2 y 184 ).

#### 8089 Hechos motivadores del despido

Es conveniente reflejar los hechos motivadores del despido como aparecen en la carta de despido, o bien acompañar la propia carta con el escrito de demanda, sin que su falta de aportación en este momento procesal pueda llevar a la inadmisión de la demanda, si bien hay juzgados que requieren a la parte para su aportación, de no ser este el caso, la carta se presenta como prueba documental en el acto del juicio. En cualquier caso, es usual que en la demanda se contenga una manifestación genérica de disconformidad con los hechos.

No se permite en la demanda **variación sustancial** de los hechos señalados en conciliación ( TS 23-6-14, EDJ 124169 ).

#### Precisiones

Se ha entendido que **vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva** inadmitir una demanda por despido disciplinario en la que el trabajador se limita a señalar que no son ciertos los hechos imputados en la carta de despido sin realizar una relación fáctica de los mismos ( TCo 130/1988 ).

#### 8090 Prescripción de las faltas

En cuanto a la prescripción de las faltas que se imputan al trabajador, no es necesario que el trabajador la alegue en el escrito de demanda, pero es imprescindible su alegación en el acto del juicio, pues en caso contrario no podría hacerse valer en fase de recurso ( TS 25-1-91, EDJ 691 ; 29-1-90, EDJ 742 ; TSJ C.Valenciana 22-5-08, EDJ 142243 ).

#### 8092 Admisión de la demanda: subsanación

(LRJS art.81)

Los defectos u omisiones de carácter formal en la redacción de la demanda pueden ser subsanados en el **plazo** de 4 días, siendo el letrado de la Administración de Justicia quien debe advertir al demandante de este extremo.

Si el defecto a subsanar es que a la demanda no se acompaña certificación del acto de conciliación previa, el letrado de la Administración de Justicia debe advertir al demandante que debe acreditar la celebración o el intento en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación. De esto se deduce que la aportación con el escrito de demanda de la **certificación del acto de conciliación** previa es documento que se convierte en requisito de admisibilidad de la demanda de despido ( TS 22-12-08, EDJ 272968 ).

Subsanados los defectos de forma y acreditada, en su caso, la celebración del acto de conciliación, el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, **admite la demanda**, que contiene el señalamiento para la el juicio oral y las advertencias y apercibimientos a las partes en orden a la correcta celebración de los actos de conciliación previa y juicio oral. En el caso de que el demandante no haya procedido a la subsanación de la demanda, el letrado de la Administración de Justicia, da cuenta al tribunal para que por el mismo se resuelva sobre su admisión.

Al decreto de admisión le sigue el auto dictado por el juez sobre la admisión de la prueba propuesta por la parte en su escrito de demanda.

#### 8093 Las **competencias del letrado de la Administración de Justicia**, una vez cumplidos con todos los requisitos de admisibilidad de la demanda, son las siguientes ( LRJS art.82 ):

a) Señalar, dentro de los 10 días siguientes al de su presentación, el día y hora en que hayan de tener lugar los sucesivos actos de conciliación y juicio, debiendo mediar un mínimo de 15 días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos.

b) Celebrar en su presencia el acto de conciliación previo al juicio, pasándose a la celebración del juicio en el caso de que no se haya alcanzado un acuerdo entre las partes. En consecuencias ambos actos, de conciliación previa y juicio en su caso, se celebran en única pero sucesiva convocatoria.

### 3. Juicio oral

---

8097 Al acto de la vista las partes han de concurrir con todos los medios de prueba de que intenten valerse, **prueba** que podrá ser solicitada con el escrito de demanda, en escrito independiente presentado con posterioridad a la presentación de la demanda, siempre que se haga con 10 de días de antelación como mínimo a la fecha señalada para la celebración del juicio. En ambos casos el juzgado debe practicar las diligencias de citación o requerimiento solicitados por las partes, salvo que la propia parte asuma esta obligación. También se puede solicitar prueba en el propio acto del juicio, en cuyo caso y para su práctica la parte asume la obligación de propiciar dicha práctica ( LRJS art.90 ).

El juicio comienza con el **intento de conciliación judicial** ( LRJS, art.84.1 ). Si se alcanza el **acuerdo** se consigna en acta, con la que puede acreditarse la situación de desempleo. Si **no** se alcanza un **acuerdo** se pasa al acto del juicio que comenzará con los **incidentes previos** que serán resueltos oralmente por el juez.

En el proceso por despido, una vez ratificada la demanda por el trabajador demandante, se **invierte el orden de intervención** de las partes con respecto al proceso ordinario, como ocurre en todo proceso que tenga por objeto la extinción del contrato, no solo en el despido disciplinario ( LRJS art.103.3 ). Se ha considerado que la no inversión del orden no puede ocasionar nunca indefensión a la empresa, sin que exista doctrina unificada del Tribunal Supremo al respecto. Por otra parte, la no inversión únicamente determinará la nulidad e actuaciones si el perjudicado lo acredita ( TS 24-9-12, EDJ 237606 ).

Es el empresario demandado quien primero hace uso de la palabra tanto en la fase de alegaciones, como de prueba y conclusiones ( LRJS art.105 ). Es en este momento, y antes de iniciar las alegaciones, cuando el empresario tiene que proponer las **excepciones** que pretenda hacer valer:

- caducidad de la acción de despido;
- incompetencia de jurisdicción;
- falta de acción;
- falta de legitimación pasiva etc.

Finalizada la fase de alegaciones del empresario se da la palabra a la parte actora para que pueda **contestar a las excepciones** que hubiera formulado el empleador.

Salvo esta especialidad consistente en la inversión del orden de intervención de las partes en todas las fases del proceso, alegaciones, prueba y conclusiones, el proceso por despido disciplinario se ajusta a las normas del proceso ordinario.

Al empresario demandado, en el acto del juicio únicamente se le admiten como **motivos de oposición** los que consten en la comunicación escrita notificando el despido (carta de despido). Esta oposición que se realiza en el acto del juicio oral constituye la contestación a la demanda, ya que este trámite como tal no existe en el proceso laboral.

No cabe por tanto la alegación de **hechos no contenidos en la carta de despido**, ni tampoco concretar aquellos que se hayan imputado de forma genérica o imprecisa y tampoco es admisible la prueba respecto de los mismos, ni siquiera so pretexto de que coadyuvan a un mejor esclarecimiento de los hechos, por lo tanto posee sumo interés que en la carta de despido el empresario haga constar de manera clara y detallada las faltas o incumplimientos que se le imputan al trabajador ( LRJS art.105.2 ; TS 15-4-89, EDJ 4048 ; TSJ Extremadura 14-11-06, EDJ 339789 ; TSJ La Rioja 8-3-05, EDJ 34762 ) Tampoco puede pretenderse prueba respecto de una ampliación de la carta de despido cuando la misma se ha producido sin cumplir los requisitos legalmente establecidos ( TSJ Madrid 23-7-03, EDJ 212998 ).

#### 8099 Fase de prueba

En esta fase, igualmente sólo se admiten al **empleador** los medios de prueba tendentes a justificar los motivos de oposición que se aleguen, es decir, los que tengan relación directa con los hechos motivadores del despido. No puede apreciarse indefensión del trabajador cuando el empresario acreditó los hechos imputados y aquél pudo practicar cuantas pruebas propuso ( TSJ Cantabria 23-11-07, EDJ 306295 ).



La **carga de la prueba** en el despido disciplinario le corresponde al empresario para acreditar la veracidad de los hechos imputados al trabajador en la carta de despido, y le corresponde al trabajador respecto de los hechos impositivos que le son imputados y las demás cuestiones que sean objeto del procedimiento y que sean negadas por el empresario, salario, relación laboral etc. También debe acreditar los indicios de los que pueda desprenderse la existencia de móvil de vulneración de un derecho fundamental, y la discriminación, ya que en este caso se invierte la carga de la prueba.

Cuando el trabajador invoque que su **despido es discriminatorio** o **lesivo** de cualquier **derecho fundamental**, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba la existencia de un motivo razonable del despido ( TCo 114/1989 ; 138/2006 ; 65/2006 ; 7/1993 ).

Si las **pruebas** han sido **obtenidas** con violación de derechos fundamentales, la prueba es nula ( TCo 29/2013 ).

#### 8100 Acumulación de acciones por despido y extinción por voluntad del trabajador (LRJS art.32)

Ambas acciones tienen como finalidad la extinción de la relación laboral por motivos diferentes y, pese a la regla general de no acumulación, se establece expresamente que es posible cuando el actor presente demanda por despido y demanda por extinción del contrato basada en los motivos del ET art.50 .

Aunque pudiera pensarse que el empresario tiene la **carga de la prueba** en este procedimiento en el que se han acumulado las dos acciones; sin embargo, corresponde al trabajador en la demanda de extinción del ET art.50 . En consecuencia, aunque se tramitan juntas ambas demandas en un mismo procedimiento que es el de despido, corresponde al trabajador la carga de la prueba en la acción de extinción del ET art.50 y al empresario la carga de la prueba de los hechos motivadores del despido ( LRJS art.106 ).

El **juzgado competente** para conocer de ambas acciones es aquel en el que se siga el procedimiento derivado de la primera demanda que se presentó, y no cabe la acumulación cuando ya se hubiera celebrado el juicio oral. El juzgado no puede negarse a la acumulación porque ello supondría la nulidad de lo actuado en ambos procesos ( TSJ País Vasco 28-3-00, EDJ 32365 ), salvo cuando la falta de acumulación no influya en el fallo de la sentencia, lo que sucede cuando ambas demandas se desestimen o cuando se desestime la de extinción porque la misma no interfiere en la que se pronuncie respecto al despido.

La acción prevista en el ET art.50 está sujeta al plazo general de **prescripción** de un año, cuyo computo comienza a partir del día siguiente en que pudo ejercitarse ( TS 20-4-09, EDJ 128274 ).

Cuando se ejercita esta acción el contrato de trabajo no se extingue hasta que la resolución judicial la acuerda por lo que el **contrato sigue vigente** aunque en determinados supuestos el trabajador puede dejar de prestar servicios, cuando la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general a los derechos fundamentales de la persona ( TS 8-11-00, EDJ 55654 ), también cuando la causa es el acoso laboral ( TSJ Asturias 13-4-07, EDJ 89699 y TSJ Cataluña 10-2-03, EDJ 50562 ). Ahora bien, si después o antes de la presentación de la demanda de extinción se produce el despido, la relación laboral cesa, si bien tiene que interponer la demanda contra el despido.

A la petición de resolución del contrato por voluntad del trabajador se puede **acumular** la solicitud de una **indemnización adicional por daños y perjuicios** compatible con la prevista legalmente para la extinción ( LRJS art.27.2 ). Así ocurre en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, discriminación o de acoso laboral ( TS 17-5-06, EDJ 83987 ; 7-2-07, EDJ 135575 ).

#### 8103 En cuanto al **orden** a seguir para su **sustanciación**, cuando se acumulen ambas acciones debe darse prioridad a la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo, y cuyo éxito no impide el examen de la acción nacida en segundo lugar ( TS 25-1-07, EDJ 18248 ), si bien el fallo de la sentencia depende del resultado de ambas, precisamente es por esto por lo que se acumulan.

Si el **despido** se declara **procedente** ningún efecto puede derivarse de la acción extintiva del trabajador, pues el despido queda convalidado por la sentencia, y por tanto la relación laboral no permanece vigente cuando se dicta, no pudiéndose extinguir por voluntad del trabajador por lo que esta acción no tendrá ningún resultado. Si el despido se ha producido con posterioridad a la demanda de resolución indemnizada del contrato y obedecen a causas independientes, en primer término se estimará la demanda de resolución y posteriormente el despido procedente y la indemnización por la extinción solo alcanzará hasta la fecha del despido declarado procedente ( TS 27-2-12, EDJ 65433 ).

Si el **despido** se declara **improcedente** el fallo de la sentencia condena a la readmisión del trabajador o al pago de la indemnización, y en el supuesto de readmisión, además al pago de los salarios de tramitación, pero si se estima la acción resolutoria por voluntad del trabajador ya no cabe la opción, porque prevalece la voluntad extintiva del trabajador condenando a la sentencia al pago de la indemnización.

Si el **despido** se declara **nulo y se estima la acción resolutoria** por voluntad del trabajador, prevalece esta última y no procede la condena del empresario a la readmisión, solo procede el pago de la indemnización y salarios de tramitación extinguiéndose la relación laboral en la fecha de la sentencia y por último, si el despido se declara improcedente o nulo y se desestima la acción de resolución por voluntad del trabajador esta no tendrá ningún efecto y se condena al empresario de conformidad con la calificación del despido.

Sin embargo hay **otras posiciones** que mantienen que el juez ha de examinar en todo caso la demanda de extinción presentada antes que la de despido y si es desestimada se pasaría a examinar la demanda de despido cuyo resultado no quedaría afectado por la primera demanda; y si la resolución del contrato fuera estimada se extinguiría el contrato y en consecuencia se fijarían las indemnizaciones y salarios que se deban al trabajador.

#### 4. Sentencia

---

**8105** En este procedimiento deben considerarse, especialmente, en relación a la sentencia su declaración de hechos probados, así como las consecuencias de la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo.

#### **8107 Hechos probados**

En consonancia con los requisitos que debe tener la demanda de despido, la sentencia debe igualmente en la parte destinada a los hechos probados, fijar la fecha del despido, y la forma, causas invocadas para el mismo, en su caso, y hechos acreditados en relación dichas causas, el salario del trabajador, tiempo y forma del pago, el grupo, la antigüedad, concretando los periodos en que hayan sido prestados los servicios, lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada y cualesquiera otras circunstancias particulares, si las hubiera, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido, expresando por último si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso ( LRJS art.107 ). Si la sentencia no recoge estos extremos puede ser susceptible de anulación ( TS 22-1-08 ; 18-12-07 ).

#### Precisiones

**1)** Obsérvese que la exigencia está en clara consonancia con los **extremos que deba contener la demanda** por despido ( LRJS art.104 ) y cuya importancia es decisiva a la hora de dar cumplimiento a la sentencia. Puede ocurrir que en la sentencia, en los hechos probados se contenga alguna afirmación con los extremos comentados con la que no estemos conformes, por lo que es conveniente recurrir, aunque la sentencia nos sea favorable, para evitar las consecuencias negativas que de ello pudiera derivarse en el supuesto de que la parte contraria recurriera y se estimase su recurso de suplicación.

**2)** Cabe, no obstante que la **sentencia no se pronuncie** sobre los extremos señalados cuando, por ejemplo acoja una de las excepciones presentadas, como por ejemplo la falta de legitimación

**3)** Se ha entendido **incongruente** la sentencia que otorga al trabajador derecho de opción entre readmisión o indemnización cuando el actor en el proceso no solicitó ni en su demanda ni en fase de recurso el reconocimiento del derecho de opción. La demanda pretendía la nulidad del despido, por antisindicalidad del acto extintivo, o en su defecto la improcedencia del mismo, admitiendo explícitamente para esa hipótesis el derecho de opción a favor de la empresa ( TCo 169/2013 ).

#### **8110 Calificación: Fallo**

(LRJS art.108)

De manera imperativa, en la parte dispositiva de la sentencia, o fallo, el juez debe calificar el despido como **procedente, improcedente o nulo**, sin que pueda limitarse a recoger de forma genérica la estimación o desestimación de la demanda.

El juez o tribunal no está vinculado en su calificación del despido en la sentencia por la que se pretenda en la demanda, de manera que si se solicita exclusivamente la nulidad del despido, puede declararse la improcedente y viceversa, sin incurrir en incongruencia ( TS 29-1-01, EDJ 1034 ; 23-3-05, EDJ 40757 ).

#### **8111 Despido procedente**

(ET art. 54, 55.4; LRJS art 108)

El despido será calificado como procedente, en primer lugar, cuando el empresario acredite la realidad y certeza del incumplimiento imputado al trabajador en el escrito de imputación del despido disciplinario ( TS 2-2-91, EDJ 26 ). Esta calificación de procedencia del despido impone al **juez la obligación de valorar** la correcta inclusión de la falta entre las muy graves que haya realizado el empresario de la conducta del trabajador.

Si el despido se califica como procedente, se declara convalidada la decisión extintiva del contrato de trabajo que aquel produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación ( ET art.55.7 ). Sí tendría derecho el trabajador en cambio a cualquier otra cantidad que tenga pendiente percibir como consecuencia de su trabajo que, puede reclamar siempre que no hubiera prescrito la acción correspondiente ( TCo 33/1987 ).

La declaración de procedencia del despido, por sí misma y sin necesidad de impugnación, acredita situación legal de **desempleo** ( LGSS disp.trans.28ª ).

### 8112 Despido improcedente

(ET art. 55.4)

El despido se califica como improcedente en las siguientes **situaciones**:

**a)** Cuando cumplidos los requisitos formales necesarios para despedir, el empresario **no acredita la realidad del incumplimiento** alegado en la comunicación del despido o no tienen la **gravedad suficiente**, el juez puede autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario puede imponer en el plazo de caducidad de los 10 días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que esta se haya efectuado en debida forma ( LRJS art.108.1.3º ). La decisión empresarial puede ser revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los 20 días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido ( LRJS art.238 ).

La calificación de improcedencia puede aplicarse también a **supuestos de extinción**, aunque esta no sea un incumplimiento contractual de los recogidos en ET art.54 ( TS 23-3-93, EDJ 2897 ; 30-12-97, EDJ 21325 ).

**b)** Cuando **no** se hayan cumplido los **requisitos de forma exigidos** ( ET art.55 ) bastando el incumplimiento de una sola de las formalidades exigidas ( TS 21-9-05 ) las siguientes:

- incumplimiento de los requisitos formales del despido (nº 8113 );
- omisión de la incoación de expediente contradictorio (nº 8115 ).

### 8113 Incumplimiento de requisitos formales del despido

(ET art.55.1; LRJS art.108)

Para efectuar el despido es preciso notificación escrita, **consignar los hechos** que motivan el despido y la fecha de efectos del mismo. Por **convenio colectivo**, pueden establecerse otras exigencias formales para la comunicación del despido, cuyo incumplimiento también acarrea la calificación de improcedencia del mismo convencionalmente ( TS 15-5-12, EDJ 118359 ).

#### Precisiones

En cuanto a los hechos, para **evitar la indefensión** al trabajador, se requiere que contenga el suficiente detalle para su identificación, acaecimiento y naturaleza ( TS 17-12-90, EDJ 11584 ; 21-9-05, EDJ 171826 ; TSJ Madrid 14-4-08, EDJ 59899 ). Por ello, se incumple con esta exigencia cuando la comunicación escrita contiene imputaciones genéricas e indeterminadas, pues atentan contra el principio de igualdad de las partes en el proceso y generan indefensión al trabajador.

Ahora bien, no es exigible la exhaustividad en la descripción de las conductas del trabajador, basta con una indicación clara y concreta siempre que el trabajador pueda identificarlas y defenderse de ellas.

Tampoco es exigible que el empresario haga una **calificación jurídica** de los hechos y, si la hiciera, la misma no vincula al juez.

**8114** La exigencia de la **fecha a partir de la cual puede surtir efectos** el despido tiene que ver con el momento inicial del cómputo del plazo de caducidad de la acción para reclamar. No necesariamente ha de fijarse una fecha o día determinado, puede hacerse con referencia a un hecho o evento, lo que importa es que quede claro desde que momento surtirá efectos.

La **notificación**, se entiende cumplida siempre que exista constancia de que llega a conocimiento del trabajador, por lo que el empresario puede utilizar cualquier forma que cumpla con esta finalidad, siendo los tribunales en cada caso, quienes valorarán, en atención a las circunstancias concurrentes, si el empresario ha empleado la diligencia debida. Se admite la entrega de la comunicación por el empresario, o representante suyo, al trabajador, por correo certificado, telegrama, burofax, por conducto notarial, etc. ( TS 12-3-86, EDJ 1910 ).

El **lugar de entrega** puede ser el centro de trabajo, el domicilio del trabajador que haya facilitado este al empresario. Se hace la entrega al trabajador o de no hallarlo a persona con él relacionada.

## 8115 Incumplimiento de garantías sindicales

(ET art.55.1; LRJS art.106.2)

Además de estos requisitos formales, se establecen otras garantías adicionales para los supuestos en que el trabajador despedido sea representante legal de los trabajadores y para los que estén afiliados a un sindicato. Son las siguientes:

- a) Cuando el trabajador fuera **representante legal** de los trabajadores o delegado sindical procede la apertura de expediente contradictorio, en el que deben ser oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciera, si los hubiese. La **omisión** de las garantías relativas al expediente contradictorio en caso de despido de los representantes legales de los trabajadores provoca la improcedencia del despido del representante. Por **convenio colectivo** puede hacerse extensivo al despido de cualquier trabajador.
- b) Si el trabajador estuviera **afiliado a un sindicato** y al empresario le constare, debe dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

### Precisiones

**1)** Se reconoce a estos efectos como **representantes legales** de los trabajadores a trabajadores presentados o proclamados como candidato a la elección o al nombramiento de representante de los trabajadores cuando es despedido, cuando se despide a candidatos que después resultan elegidos y a los representantes que han perdido esta condición dentro del año inmediatamente anterior al despido, y no a quien no lo era en el momento del despido ( TS 30-10-00, EDJ 363306 ; 20-6-00, EDJ 23718 ; 2-12-05, EDJ 237481 ).

**2)** La **audiencia** en el caso del trabajador afiliado está condicionada a que al empresario le conste la afiliación del trabajador, lo que ocurrirá si el trabajador lo ha comunicado, en otro caso, dado que legalmente no se resuelve el tema de los mecanismos por los que el empresario pueda conocer esta condición de afiliado a un sindicato del trabajador a despedir, y este alegare la falta de audiencia en atención a su condición de afiliado para reclamar la improcedencia del despido, estaremos ante un problema de prueba para su resolución ( TCo 30/1992 ; TS 19-9-90 ; 31-1-01, EDJ 2691 ).

## 8116 Efectos del despido improcedente

La declaración de improcedencia del despido pone en manos de la empresa una doble posibilidad, debiendo optar en el **plazo** de 5 días desde la notificación de la sentencia entre:

- a) **Readmitir al trabajador** con el abono de los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la fecha de la notificación de la sentencia.
- b) **Confirmar la extinción del contrato**, teniendo el trabajador derecho a una **indemnización** legalmente establecida ( ET art.56 ). La opción por la indemnización determina la extinción del contrato que se entiende producida desde la fecha del cese efectivo en el trabajo.

En caso de que se opte por la indemnización, el trabajador ordinario no genera derecho a **salarios de tramitación**, que en este supuesto solo proceden si el trabajador despedido es un representante de los trabajadores o un delegado sindical. Como señala el ET art.56 , de no efectuar la opción, se entiende que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea la readmisión, esta será obligada.

### Precisiones

Igual solución que en el caso de los representante debería corresponder cuando la opción le correspondiera al trabajador, posibilidad que puede venir recogida en **contrato de trabajo** o en **convenio colectivo**, en cuyo caso prevalece esta posibilidad sobre la regulación legal ( TS 5-10-01, EDJ 70912 ; 26-12-00, EDJ 55100 ). Igualmente se admite esta posibilidad de opción se pueda limitar a los trabajadores contratados con carácter indefinido ( TS 16-3-05, EDJ 37354 ; 19-9-06, EDJ 278563 ).

Tanto la cuantía de la indemnización como de los salarios de tramitación debe ser fijada en la sentencia ( LRJS art.110.1 ; ET art.56 ). En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera ( ET art.56.3 ).

## 8117 La ley procesal social (LRJS) añade dos nuevas previsiones a tener en cuenta:

- a) En el acto del juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización puede **anticipar su opción**, para el caso de la declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de recursos ( LRJS art.111 y 112 ). La anticipación de la opción puede realizarse en el acto del juicio, con anterioridad o incluso con posterioridad antes de dictarse sentencia ( LRJS art.110.1.b ).

**b)** A solicitud de la parte demandante, si consta que no es posible la readmisión, puede acordarse, en caso de improcedencia del despido, **tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia**, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, y los salarios de tramitación, solo si proceden, hasta dicha fecha de la sentencia ( LRJS art.110.1.b. ) Esto ya ocurría en los supuestos de imposibilidad de readmisión como en los casos de cierre empresarial ( TSJ Madrid 3-3-98 ) o trabajadores extranjeros en situación irregular; o en el caso de los trabajadores temporales cuyos contratos se han extinguido después del despido y antes de dictarse la sentencia ( TS 29-1-97, EDJ 140 ; TSJ Castilla-La Mancha 20-4-06, EDJ 53265 ); también cuando la empresa se encuentra cerrada o en paradero desconocido ( TSJ Madrid 24-10-00, EDJ 70400 ; TSJ C.Valenciana 23-11-00, EDJ 74189 ). Obviamente, tampoco procede en caso de fallecimiento del trabajador ( TS 13-5-03, EDJ 225141 ; TSJ Cataluña 11-3-05, EDJ 56738 ).

**8118** En cuanto a la **forma para ejercitar la opción**, resulta de aplicación lo dispuesto en la LRJS art.110.3 . Con independencia de quien la ejercite, se puede realizar por comparecencia o por escrito ante la oficina judicial, en el plazo de **5 días** a contar desde la notificación de la sentencia ( ET art.56.1 ) entendiéndose que procede la opción por la readmisión en el caso de no ejercitarse expresamente la misma ( ET art.56.3 y 4 ).

La opción que se realiza de conformidad con el fallo de la sentencia de instancia, puede cambiarse en caso de recurso de suplicación y de casación en caso de que **cambie el fallo**, pudiendo la empresa de conformidad con la nueva sentencia optar entre la readmisión o la indemnización sin estar vinculado por el ejercicio de la opción que su día hiciera ( TS 21-10-02, EDJ 54248 ). Estos cambios en la opción han de analizarse en la actualidad teniendo en cuenta las modificaciones operadas sobre el ET y la LRJS por el RDL 3/2012 y la L 3/2012 :

**a)** En caso de recursos, que cuando **la opción del empresario hubiera sido por la indemnización**, tanto en el supuesto de que el recurso fuere interpuesto por este como por el trabajador, no procede la readmisión mientras penda el recurso, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considera en situación legal de desempleo involuntario ( LGSS art.208.3 ; LRJS art.111.1.b ).

**b)** Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera interpuesto el trabajador **elevase la cuantía de la indemnización** ( LRJS art.11.1.b.2º ), el empresario, dentro de los 5 días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, ha de ser ingresada por el empresario en la entidad gestora.

### **8119 Opción por la indemnización**

La **indemnización** que corresponde es la **equivalente** a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Así debe hacerse constar en la sentencia, todo ello en virtud de las modificaciones operadas sobre el ET y la LRJS por el RDL 3/2012 y L 3/2012 , debiendo tenerse en cuenta en este punto el régimen transitorio establecido para la indemnización de aquellos trabajadores que ya prestaran servicios con anterioridad al 12-2-2012 ( ET art.56 ; LRJS art.110 ; L 3/2012 disp.trans.5ª y 6ª ). En cuanto al **prorrateo**: se prorratean por meses de los periodos inferiores a un año y las fracciones de mes, independientemente del número de días -incluso uno o 2 días-, computan como mes completo.

La cuantía de la indemnización legal prevista en el ET art.56.1 de 33 días de salario por año de servicio, tiene tres **excepciones**: dos impuestas por disposición legal y otra por vía jurisprudencial.

**A)** Para los trabajadores que sean sujetos de una **relación laboral de carácter especial**, la cuantía de la indemnización será la que esté prevista en las normas que resulten de aplicación ( LRJS art.110.1 ; TS 28-6-02, EDJ 32058 ; TSJ Burgos 10-2-04, EDJ 68030 ).

**B)** Para los trabajadores con **contratos vigentes en el momento de la entrada en vigor del RDL 3/2012**, es decir, formalizados antes del 12-2-2012, la indemnización por despido improcedente se calcula con un sistema mixto: a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no puede ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de esta norma resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplica este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso ( RDL 3/2012 disp.trans.5ª ). Aunque algún pronunciamiento consideró que si a 12-2-2012 ya se había alcanzado las 24 mensualidades de salario se podía seguir acumulando antigüedad a efectos indemnizatorios hasta alcanzar las 42 mensualidades ( TS unif. doctrina 29-9-14, EDJ 188311 ), con posterioridad el Tribunal Supremo ha revisado esta interpretación aproximándose al tenor legal ( TS unif. doctrina 18-2-16 ), de forma que para los trabajadores con contratos vigentes con anterioridad al 12-02-2012 el importe indemnizatorio resultante no puede ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la

entrada en vigor de esta norma resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplica este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades.

En el caso de los trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta norma continúan rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron ( RDL 3/2012 disp.trans.6ª ).

**C)** La cuantía de la indemnización legal debe ser sustituida por la que esté pactada en **convenio colectivo** o contrato individual de trabajo si fuera superior ( TS 5-5-87, EDJ 3509 ).

La **cuantía de la indemnización legal** ( ET art.56.1 ) no puede ser alterada por el juez ni en más ni en menos. Esto significa que en materia de despido no son aplicables los criterios civiles en orden a la prueba y cuantificación de datos por incumplimientos contractuales ( TS 7-12-90, EDJ 11202 ; 23-10-90, EDJ 9644 ; 12-3-03, EDJ 15623 ).

El **salario** que ha de tomarse como módulo de cálculo de la indemnización debe ser el que por todos los conceptos le corresponda al trabajador al tiempo de ser despedido, computándose el salario bruto ( TS 1-10-07, EDJ 230147 ; TSJ Málaga 3-5-07, EDJ 226177 ), con independencia de que el empresario le viniera abonando uno inferior y, debe quedar fijado en la propia sentencia, ya que es una de las cuestiones sometidas a debate.

Se debe computar el salario completo también en aquellos supuestos en los que el trabajador disfrutara de una **reducción de jornada** por cuidado de hijo prematuro o bien hospitalizado tras el parto o por guarda legal o por violencia de género, o cuando disfrutara de una **suspensión del contrato a tiempo parcial** por paternidad o maternidad.

El **tiempo** se cuenta desde el día de ingreso en la empresa hasta el día de efectos del despido y no hasta el de notificación de la sentencia que declara la improcedencia aunque se abonen salarios de tramitación ( TSJ Madrid 17-1-14, Rec 1735/13 ). Y por último hay que tener en cuenta que no siempre la **antigüedad** reconocida adquirida en otra empresa anterior computa como años de servicio, salvo que expresamente se pacte que también se reconocen a efectos de indemnización por despido improcedente ( TS 5-2-01, EDJ 2930 ; 15-12-04, EDJ 229508 ; TSJ Aragón 21-2-07, EDJ 99135 ).

## 8120 Limitación o exclusión de los salarios de tramitación

(ET art.56.2)

Con las reformas de 2012 se eliminó la posibilidad de la consignación a fin de paralizar los salarios de tramitación, de forma que en el caso de que el despido sea declarado improcedente, el empresario puede optar en el plazo de 5 días entre readmisión e indemnización.

De **optar por la indemnización**, el abono de la misma determina la extinción del contrato de trabajo, que se entiende producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, sin que se devenguen salarios de tramitación ni sea necesario reconocer la improcedencia con anterioridad al juicio, pues las consecuencias en el caso de que el empresario ya manifieste su opción por la indemnización no supone incremento de las percepciones del trabajador.

Por el contrario, en caso de que **se opte por la readmisión**, el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta **alternativamente**:

**a)** La notificación de la sentencia que declarase la improcedencia del despido por primera vez ( ET art.56.2 ; TS 2-2-13, Rec 1314/12 ).

**b)** Hasta que el trabajador hubiera encontrado otro empleo, si la fecha de comienzo del mismo fuera anterior a la de la sentencia. No procede el descuento cuando se trate de cantidades percibidas por un trabajo por cuenta propia que ya viniese realizando el trabajador antes del despido ( TS 12-3-13, EDJ 50396 ), salvo que se trate del incumplimiento de pacto de exclusividad acordado entre las partes ( TSJ Madrid 25-2-03, EDJ 46179 ). En aquellos casos en los que la sentencia que declare la improcedencia se dicte transcurridos más de 90 días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda, el empresario podrá reclamar al Estado por el procedimiento previsto ( LRJS art.116 y 117 ) los **salarios de tramitación abonados** al trabajador que excedan de ese periodo ( nº 8200 ).

## 8123 Despido nulo

(ET art.55; LRJS art.108)

Los **supuestos** en que puede declararse nulo el despido son:

- discriminación o violación de derechos fundamentales ( nº 8124 );
- medida de protección del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar ( nº 8125 );
- violencia de género ( nº 8126 ).

## 8124 Despido nulo por discriminación o producido con violación de derechos fundamentales o libertades públicas

(TCo 180/1994; 136/1996)

No basta con que el trabajador alegue estas causas, es necesario que desarrolle una actividad probatoria al respecto que, en base a la prueba de indicios lleve al juzgador a la convicción de que existe **móvil discriminatorio** en el despido. Por su parte el empresario puede combatir esta prueba de indicios y acreditar que el despido obedece a motivos ajenos a la discriminación pretendida, lo que supone que el empresario debe acreditar la existencia de los hechos motivadores del despido para justificar este despido disciplinario ( TCo 7/1993 ). En estos casos el juez debe pronunciarse sobre el **fondo de la cuestión** cuando se acredite el móvil discriminatorio, con independencia de la forma en que se haya producido el despido ( LRJS art.108.3 ).

Se ha estimado, en determinados supuestos, el abono de una **indemnización por daños** ( TS 12-6-01, EDJ 15988 ), correspondiendo al juzgador su determinación ( TCo 247/2006 ; TSJ Madrid 13-6-07, EDJ 116661 ), debiendo acreditarse los daños materiales y también los morales para que proceda ( TSJ Galicia 15-1-09, EDJ 45172 ; TSJ Andalucía 23-12-08, EDJ 353719 ). Se establece el derecho a indemnización añadida en la misma ley procesal ( LRJS art.180 y 181 ).

## 8125 Despido nulo como medida de protección del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar

Los supuestos a que se hace referencia son:

**A)** El de los trabajadores durante el periodo de **suspensión del contrato de trabajo** por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere el ET art.45.1.d ) o el de notificación en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo.

**B)** El de las **trabajadoras embarazadas**, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad, y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos ( ET art.37.4, 4 bis y 5 ), o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia ( ET art.46.3 ), y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.

**C)** El de los trabajadores **después de haberse reintegrado al trabajo** al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez debe pronunciarse sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo ( LRJS art.108.3 ).

En estas situaciones, especialmente protegidas, el despido solo puede ser declarado procedente o nulo, sin que haya de ser discriminatorio para calificarlo como nulo, por ello el legislador los trata separadamente de los que tengan móvil discriminatorio o vulneren derechos fundamentales.

### Precisiones

**1)** La **protección empieza** a) en el **supuesto de la mujer embarazada** la protección empieza desde el día de inicio de la gestación, b) en los **restantes supuestos** desde que se solicita el permiso, reducción o excedencia y hasta su finalización y desde el momento de la reincorporación al trabajo tras los periodos de suspensión.

**2)** Es indiferente que el **empresario conozca el estado de gestación** de la mujer, con lo que se preserva su derecho a la intimidad pues no tiene por qué informar al empresario, ni tampoco tiene a veces ni por qué conocerlo en el momento del despido, por lo que la protección se fundamenta en el hecho del embarazo, siendo irrelevante el móvil del empresario que pudo obedecer o no a causa discriminatoria. Se trata por tanto de una nulidad objetiva y no subjetiva, eximiéndose a la trabajadora de probar que el empresario conocía su estado ( TCo 92/2008 ; 129/2009 ) con lo que se supera definitivamente la cuestión en contra del criterio del Tribunal Supremo que venía considerando el despido de la mujer embarazada como supuesto especial de despido discriminatorio, exigiendo que el empresario conociera su estado ( TS 12-3-08, EDJ 82865 ; 29-2-08, EDJ 82904 , la primera dictada en recurso para la unificación de doctrina, cuenta además, con votos particulares). Ahora bien, si además concurre una conducta que vulnera de derechos fundamentales puede hacerse valer a efectos de tutela y de indemnización ( TSJ Madrid 5-4-05, EDJ 42718 ; TSJ C.Valenciana 14-1-05, EDJ 22856 ).

## 8126 Despido nulo de trabajadoras víctimas de violencia de género

Es nulo el despido de trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica, de cambio de centro o de suspensión de la relación laboral.

1) También merecían esta calificación los **despidos objetivos** por incumplimiento de requisitos formales, sin embargo esta calificación ha cambiado desde el 18-6-10, fecha en que entró en vigor el RDL 10/2010 , de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ratificado por la L 35/2010 : las extinciones de los contratos de trabajo, fundamentadas en causas objetivas, cuando no se hayan cumplido los requisitos de forma, dejan de ser nulas, pasándose a declarar improcedentes por razones formales, pasando a tener igual tratamiento que el incumplimiento de requisitos formales en el despido disciplinario.

2) Se mantiene la declaración de nulidad cuando en los **despidos colectivos** no se haya respetado lo previsto en relación con el periodo de consultas o entrega de la documentación ( ET art.51.2 o 51.7 ) u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho ( LRJS art.124.7 ). En tales casos se impone la condena de la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir ( LRJS art.113 ). La sentencia será ejecutada de forma provisional ( LRJS art.297 ) tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador.

#### 8128 Efectos de la declaración de nulidad del despido

La declaración de nulidad del despido lleva aparejada la inmediata readmisión del trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones en que se encontraba antes de producirse el acto extintivo, eliminando cualquier efecto del despido, como si nunca hubiera existido, siendo esta la razón por lo que estas sentencias se ejecutan en sus propios términos, de forma provisional ( LRJS art.297 ), tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador.

Se excepciona el supuesto en que la **empresa** esté **cerrada o desaparecida**, en cuyo caso en fase de ejecución de sentencia se procede a la extinción del contrato de trabajo.

Si se declarase la nulidad del despido, incluso por vulneración de derechos fundamentales, en supuestos de **contratos sujetos a término**, cuya validez no se ha discutido en el juicio, caso del contrato de formación, si este contrato finalizase por llegada del término durante la tramitación del procedimiento por despido, no procede la condena a la readmisión ni la indemnización sustitutiva, sino exclusivamente el pago de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de vencimiento del contrato, quedando definitivamente extinguido en dicha fecha ( TS 28-4-10, EDJ 133557 ; 14-4-89, EDJ 4025 ).

Además de este efecto principal, la sentencia debe condenar también al abono de los **salarios de tramitación**, o dejados de percibir desde la fecha del despido a aquella en que tenga lugar la readmisión. Estos salarios tienen el mismo tratamiento que en el caso de declaración de improcedencia del despido.

### 5. Ejecución de las sentencias de despido

#### 8135 Es necesario diferenciar **dos tipos de ejecución**:

**a)** La relativa al **despido improcedente** habiendo optado el empresario por la readmisión (nº 8137 ). Va dirigido, de manera automática y breve en el tiempo, a la extinción de la relación laboral, sustituyendo la obligación de readmitir por la de abonar una indemnización.

**b)** La que se refiere a un grupo heterogéneo cuyo nexos común consiste en que la **ejecución se realiza en sus propios términos** (nº 8145 ). Está destinada a la supervivencia del vínculo laboral, arbitrándose una serie de medidas para lograr el reingreso efectivo del trabajador, y se produce principalmente en el despido nulo.

La **ejecución provisional** ( LRJS art.111.1.a , 112.1.b, 297 y 303.3 ) siempre procede en el caso de declaración de nulidad. En el caso de improcedencia, solo es posible cuando se hubiera optado por la readmisión. Solo cabe acordarse a instancia de parte.

Quedan fuera de esta regulación los siguientes supuestos:

**a)** Cuando el despido sea declarado **procedente**, pues la sentencia es meramente declarativa y, por lo tanto, no precisa de ejecución.

**b)** Cuando el despido es declarado **improcedente y el empresario opta por la indemnización**. En este caso nos encontramos ante una obligación dineraria que viene determinada en la sentencia de manera líquida, no siendo



preciso incidente alguno de liquidación. Si el empresario no procede a su pago, el trabajador debe acudir entonces a la ejecución forzosa ordinaria.

#### a. Despido improcedente con opción por la readmisión

(LRJS art.278 a 281)

**8137** Cuando el despido ha sido declarado improcedente y el empresario ha optado por la readmisión, debe comunicar por escrito al trabajador -dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia- la fecha de su incorporación al trabajo.

Desde la notificación de la sentencia comienza tanto el **plazo** de 5 días para comunicar que se ha optado por la readmisión, como el de 10 días para comunicar la fecha de la reincorporación al trabajo. No afecta al cómputo del plazo que la opción por la readmisión se haya realizado de manera expresa o tácita. En efecto, si el empresario no comunica la opción en el plazo de 5 días, se entiende que opta por la readmisión, comenzando a correr, igualmente, el plazo de 10 días desde la notificación de la sentencia ( TS 15-3-04, EDJ 40555 ).

La **reincorporación** se efectúa en un plazo no inferior a los 3 días siguientes al de la recepción del escrito ( LRJS art.278 ). En cualquier caso, son de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.

#### Precisiones

**1)** Si el trabajador se encuentra en situación de **incapacidad temporal** en el momento en que el empresario opta por la readmisión, no resulta aplicable el plazo de 10 días para requerir que se reincorpore al trabajo ( TS 18-10-00, EDJ 33449 ).

**2)** La comunicación de readmisión llevada a cabo después del plazo de 10 días, se produzca o no la reincorporación del trabajador, deviene en extemporánea, por lo que equivale a una **readmisión irregular** al no haberse llevado a cabo con los requisitos legalmente previstos para ello ( TS 23-11-98, EDJ 28330 ; 15-3-04, EDJ 40555 ; TSJ Galicia 25-5-10, EDJ 179067 ).

**3)** En caso de improcedencia del despido de un **representante legal o sindical** de los trabajadores, la opción por la readmisión o por la indemnización corresponde al trabajador y no al empresario ( LRJS art.110.2 ). De ahí que en la demanda de despido sea preceptivo consignar si el trabajador ostenta la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores ( LRJS art.104.c ) a fin de que esta cuestión pueda ser discutida y resuelta en sentencia. Si el trabajador opta por la readmisión, la ejecución de sentencia se lleva a cabo por el trámite previsto en la LRJS art.282 a 284 ( nº 6302 Memento Procedimiento Laboral 2017-2018 y nº 6630 Memento Procedimiento Laboral 2017-2018 ).

**4)** Se admite que los **convenios colectivos** puedan atribuir al trabajador la facultad de optar por la readmisión o por la indemnización ( TS 11-3-97, EDJ 3153 ) pero también es necesario hacer constar este extremo en la demanda para que así pueda recogerse en el fallo de la sentencia a efectos de su ejecución. Igualmente, si el trabajador opta por la readmisión, el trámite adecuado para la ejecución es el previsto la LRJS art.282 a 284 .

**5)** La **ejecución del acuerdo de conciliación** ante el servicio administrativo correspondiente ( LRJS art.63 y 68 ) y de la conciliación judicial ( LRJS art.84.5 ) se lleva también a cabo a través del trámite de ejecución de sentencias de despido.

#### **8138** Falta de reincorporación del trabajador

Si el trabajador decide no reincorporarse en la fecha ofrecida por la empresa, se entiende que la relación laboral se extingue por dimisión haya mediado o no preaviso ( ET art.49.1.d ).

La falta de reincorporación del trabajador puede producirse por las siguientes **situaciones**:

**a) No se produce la readmisión**, bien porque el empresario no ha señalado fecha (supuesto normal cuando se trate de empresas desaparecidas), bien porque, aún señalada, la readmisión no se ha producido (hipótesis ciertamente extraña en la práctica).

#### **b) Readmisión irregular.**

Ambas situaciones son los supuestos de hecho que dan lugar al incidente de no readmisión, una vez que lo solicite el trabajador en plazo ( nº 8140 ). De las dos situaciones, la más compleja es la relativa a la readmisión irregular por cuanto, de un lado, supone un conflicto entre las partes todavía no resuelto a pesar de la opción realizada; y de otro, entraña una valoración judicial de supuestos de hecho amplios y variables en la práctica, frecuentemente entremezclados con el ejercicio del *ius variandi* por parte del empresario.

#### **8140** Incidente de no readmisión del despido improcedente

Para que se tramite el incidente de no readmisión es imprescindible que lo inste el **trabajador** en plazo.

La denuncia de la irregularidad de la readmisión no puede ser genérica, sino que debe señalar la circunstancia determinante de la no regularidad, y a ella debe atenerse el órgano judicial. Normalmente, la irregularidad consiste en no haber respetado el empresario las condiciones que regían con anterioridad al despido, como por ejemplo las relativas a la jornada, o salario. No obstante, puede haber modificaciones en la relación laboral, siempre que respondan a un normal desenvolvimiento de la actividad empresarial, como pudieran ser supuestos de sucesión de empresas o de un lícito ejercicio de las facultades de movilidad funcional. Como es lógico, corresponde al empleador la carga de acreditar la justificación del cambio.

#### 8141 Plazo

(LRJS art.279)

Para instar la ejecución existe un único plazo de 20 días. Su cómputo es diferente según cuáles sean las circunstancias concurrentes.

**a)** Si no se efectúa la readmisión **una vez señalada la fecha** de la misma por el empresario dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia: el plazo de 20 días comienza a computarse desde la fecha señalada para la readmisión.

**b)** Si el **empleador no señala fecha**: el cómputo se inicia a partir del momento en que expire el plazo de 10 días desde la notificación de sentencia.

**c)** Si señalándose fecha y produciéndose la **reincorporación**, esta fuese **irregular**: los 20 días corren a partir del momento en que aquella tuvo lugar.

Sin perjuicio de lo anterior se establece un **plazo final** de 3 meses dentro del cual todavía es posible solicitar la ejecución. La diferencia con el anterior plazo de 20 días reside en el devengo de los **salarios de trámite** -cuando estos procedan-: mientras en aquellos supuestos se devengan desde la notificación de sentencia, en este se interrumpe desde el vigésimo día hasta que se insta la ejecución.

Todos los plazos establecidos son de prescripción.

#### 8142 Tramitación

(LRJS art.280 y 281)

Instada la ejecución del fallo, el juez dicta auto despachando la ejecución por la vía de incidente de no readmisión. El letrado de la Administración de Justicia cita de **comparecencia** a las partes ante el juez dentro de los 5 días siguientes. Si citado en forma, el trabajador o persona que lo represente no asistiese a la comparecencia, se le tiene por desistido de su solicitud. No obstante, siempre que no transcurra el plazo de 3 meses, el trabajador puede solicitar de nuevo la actuación de la obligación de readmitir ya que la incomparecencia del trabajador constituye tan solo una causa de interrupción de la prescripción. Si el que no comparece es el empresario o su representante, se celebra el acto sin su presencia.

La ejecución de otros **pronunciamientos distintos de la condena a la readmisión** se someten a las reglas generales aplicables según su naturaleza y a las disposiciones generales reguladoras de la ejecución ( TSJ Asturias 13-5-11, EDJ 94274 ). Así, si además de la readmisión se solicita, por ejemplo, la condena al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que declaró por primera vez la improcedencia del despido hasta la fecha de notificación del auto, se tramita como una ejecución dineraria ( LRJS art.248 a 277 ).

Como resultado de la comparecencia el juez dicta **auto** en el que, salvo en los casos en los que no resulte acreditada la readmisión irregular:

**a)** Declara **extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución**. Esto es, el trabajador se ve abocado a pedir la extinción del contrato previa acreditación de la irregularidad de la readmisión, sin posibilidad alguna de conseguir que se cumpla esta obligación.

**b)** **Fija la indemnización** que debe percibir el trabajador. Además, es posible que en el auto que ponga fin al incidente de readmisión irregular se proceda a la fijación de una **indemnización adicional** de hasta 15 días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular.

**c)** Condena al empresario al **abono de los salarios dejados de percibir** desde la fecha de la notificación de sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada resolución. Si hubo recurso de suplicación y ejecución provisional ( LRJS art.297 ), se deben descontar los salarios percibidos por dicho concepto, sin que en teoría haya que tener en cuenta e incluir en el auto lo devengado desde el despido hasta la notificación de la sentencia,

ya que estos fueron señalados en la sentencia, aunque en la práctica de los juzgados se incluyen todos en el auto si en la sentencia no pudieron ser cuantificados.

#### Precisiones

Para la concesión de la **indemnización adicional** deben concurrir ambos requisitos, por lo que parece tiene finalidad reparadora, de satisfacción al trabajador y no estrictamente coactiva, si bien dentro de las circunstancias concurrentes podrían englobarse ciertas conductas rebeldes del empresario dando lugar de forma subordinada a un carácter penalizador de tal medida. Sus dos notas configuradoras son, primero, su carácter dispositivo: es necesaria petición de parte y la justificación de su procedencia; y después, el carácter facultativo: no es una obligación impuesta al juzgador de instancia, sino que se mueve dentro de una amplia discrecionalidad judicial.

#### b. Ejecución en sus propios términos

(LRJS art.282 a 286 )

**8145** La esencia de la ejecución en sus propios términos es que siempre procede la readmisión sin que esta pueda ser sustituida por la indemnización del despido improcedente, a salvo que concurra la excepción de imposibilidad de readmisión del trabajador ( LRJS art.286 ; TCo 3/1998 ).

Se regula para los siguientes **supuestos**:

**a)** Cuando el trabajador despedido fuera **delegado de personal**, miembro del comité de empresa o delegado de personal y, declarada la improcedencia del despido, optare por la readmisión.

**b)** Cuando el despido sea declarado **nulo**.

**c)** Todos los supuestos de extinción de la relación laboral a instancia del empresario, como serían los **despidos objetivos declarados nulos** ( ET art.51.1 in fine y 53.4 ) y los **despidos colectivos declarados nulos** cuando no se haya realización de periodo de consultas o entregado la documentación, no se haya respetado el procedimiento establecido o vulnerado derechos fundamentales o libertades públicas ( LRJS art.124 ).

**d)** Cuando la readmisión de un despido improcedente venga impuesta por **convenio colectivo** ( TS 5-10-01, EDJ 70912 ; 26-12-00, EDJ 55100 ).

#### Precisiones

Quedan **excluidos de la ejecución** en sus propios términos dos supuestos:

- la readmisión acordada en **conciliación judicial o extrajudicial**, si no se llegó a calificar como despido nulo ( TS 28-4-98 );

- en los casos de **cesión ilegal**, el trabajador sometido a tráfico prohibido no tiene la facultad de optar por la readmisión en la empresa que estime oportuna tras un despido.

Tampoco la ejecución de la sentencia de despido se lleva a cabo por la vía de la LRJS art.282 . Tratándose de despido improcedente, el trabajador tan solo elige la empresa en la que desea adquirir la condición de fijo, y es luego esta empresa la que opta por la readmisión o la indemnización ( TS 5-2-08, EDJ 25835 ).

#### **8146** Supuestos

La ley procesal social contiene dos solicitudes de ejecución de sentencia en sus propios términos: la solicitud de readmisión ( LRJS art.282.2 ) y la solicitud de ejecución regular del fallo ( LRJS art.283.1 ). A fin de armonizar estos preceptos, cuya aplicación en la práctica se pueden solapar en muchas ocasiones, diferenciaremos las siguientes **situaciones**:

**a)** Cumplimiento voluntario de la sentencia por la empresa. Si el trabajador está conforme con la readmisión efectuada, la sentencia no se ejecuta judicialmente, como es obvio.

**b)** La empresa incumple la sentencia en el sentido de que no readmite al trabajador, bien por estar desaparecida o bien por su voluntad rebelde al cumplimiento del fallo. En esta situación, la ley procesal establece que una vez solicitada la readmisión, el juez dicta auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, y acuerda requerir al empresario para que reponga al trabajador en su puesto en el plazo de 3 días ( LRJS art.282.2 ). Además, el juez también puede adoptar, a instancia de parte, las medidas previstas en la LRJS art.284 (normalmente si se trata de un representante legal de los trabajadores).

**c)** Si a pesar de ese requerimiento el empresario no procede a la readmisión o lo hace en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido, el trabajador puede solicitar la **ejecución regular del fallo** ( LRJS art.283 ). El **plazo** para formular esa solicitud es el de los 20 días siguientes al tercero que se dispone como plazo máximo

para la reincorporación. A la **comparecencia** en que consiste este incidente son citadas las partes por el letrado de la Administración de Justicia. El objeto de la comparecencia es el examen de los hechos de la no readmisión o la readmisión irregular alegada y concluye con auto del juez, declarando si la readmisión se ha efectuado o no y, en su caso, si lo fue en debida forma. Si el juez estima que la readmisión no tuvo lugar o no lo fue en forma regular adopta dos medidas:

1. Ordena reponer al trabajador a su puesto dentro de los 5 días siguiente a la fecha de dicha resolución.
2. Apercibe al empresario de las consecuencias de no proceder a la readmisión. Las medidas por incumplimiento de la orden de reposición se acuerdan por el letrado de la Administración de Justicia y consisten en ( LRJS art.284 ):
  - percepción del salario por el trabajador con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en sentencia. A tal fin se despacha ejecución cuantas veces sea necesario;
  - mantenimiento del trabajador en alta y con cotización en la Seguridad Social, poniéndose en conocimiento de la entidad gestora;
  - desarrollo de las funciones y actividades propias de los representantes legales de los trabajadores, con apercibimiento de que de obstaculizar tal desarrollo se pondrá en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de su sanción conforme con la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

#### Precisiones

Salvo en los supuestos de **imposibilidad de readmisión**, lo que no cabe es acordar la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización del despido improcedente.

#### 8149 Imposibilidad de la readmisión (LRJS art.286)

En caso de que sea imposible la readmisión por **cese o cierre de empresa**, y previa solicitud por parte del trabajador, se permite al juez dictar auto declarando la extinción de la relación laboral. La fecha de efectos de la extinción es la de esta resolución, y en ella se fijan las indemnizaciones y los salarios de tramitación que correspondieran. Para sustanciar este incidente es necesaria la celebración de comparecencia ( LRJS art.238 ).

En los supuestos de declaración de **nulidad del despido por acoso** laboral sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso puede optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente de los salarios de tramitación en su caso.

### B. Extinción por causas objetivas

(LRJS art.120 a 123 )

#### 8160 Los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustan a las normas señaladas en los procesos por despidos y sanciones (nº 8055 s. y 8230 s. ) sin perjuicio de las especialidades siguientes:

- plazo para el ejercicio de la acción (nº 8162 );
- efectos de la conciliación previa (nº 8164 );
- contenido de la demanda (nº 8166 );
- calificación del despido (nº 8168 );
- efectos de la calificación del despido (nº 8170 );
- intervención del FOGASA (nº 8170 );
- recursos (nº 8174 ).

#### 8162 Plazo para el ejercicio de la acción (LRJS art.121.1)

Este plazo, al igual que en el despido disciplinario, es de **20 días hábiles** que, en todo caso, comienzan a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo. El trabajador, no obstante, **puede anticipar el ejercicio de su acción** a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso.

Debe entenderse que la percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar nuevo puesto de trabajo no enervan el ejercicio de la acción ni suponen conformidad con la decisión empresarial.

1) El **mes de agosto** es hábil no solo en fase declarativa en la instancia y vía de recurso ( LRJS art.43.4.1º ), también lo es en la fase ejecutiva, por ejemplo, respecto de los 3 meses para instar la ejecución por no haberse producido la readmisión ( LRJS art.279.2 ; TS 26-10-04, EDJ 229557 ).

2) Cuando el trabajador vinculado con la empresa por un **contrato de fomento de la contratación indefinida** alegue que la utilización por la empresa del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión.

#### 8164 Conciliación previa

Nos remitimos en esta materia a lo precisado respecto del proceso de impugnación del despido disciplinario (nº 8060 s. ), cuya normativa es común a la impugnación de todos los despidos. En lo relativo a la conciliación administrativa previa, cuando en esa fase la empresa reconociera la improcedencia del despido y se acordara la **readmisión**, el trabajador debe devolver la cantidad que se le hubiera puesto a disposición con la comunicación de la extinción. De no hacerlo así, la empleadora puede reclamársela por el procedimiento ordinario, dentro del plazo de prescripción de un año, sin que se vea afectada la eficacia del acto conciliatorio ( TS 25-4-05, EDJ 90315 ).

#### 8166 Demanda

En cuanto a su contenido, la demanda del trabajador debe reunir sustancialmente los mismos **requisitos** que los precisados respecto de la demanda por despido disciplinario (nº 8088 s. ) debiendo hacerse constar: la causa esgrimida por el empresario para la extinción del contrato, la fecha de notificación de la carta de despido, el cumplimiento o no del plazo de preaviso, y si se ha puesto o no a su disposición el importe de la indemnización, haciéndose igualmente constar, en caso afirmativo, si se ha percibido efectivamente o no. Asimismo, debe hacerse constar, en su caso, que la empresa está cerrada, desaparecida o en situación de insolvencia.

También ha de hacerse constar la cualidad del demandante de representante legal de los trabajadores, en su caso, y necesariamente cuando se pretenda su preferencia para mantenerse en su puesto de trabajo frente a otros compañeros.

#### 8168 Calificación del despido

No existen diferencias reseñables frente al despido disciplinario, y, por tanto, se declara **procedente** la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se califica de **improcedente** ( ET art.53.1 ; LRJS art.122.1 y 3 ).

En cuanto a la **nulidad**, procede en las mismas causas ya señaladas en el despido disciplinario (nº 8123 ). Además, se entienden nulos los despidos efectuados en fraude de Ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos ( ET art.51.1 ).

Determina la improcedencia de un despido objetivo económico la **alusión genérica a la situación de crisis**, pues en la carta de despido objetivo económico se debe expresar la causa concreta y próxima de la decisión empresarial extintiva para proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos en que se funda el despido, sin que baste la remisión genérica a la causa objetiva de despido o a la crisis económica actual ( TSJ Burgos 28-3-12, EDJ 50798 ).

#### 8170 Efectos de la calificación del despido (LRJS art.123)

Si la sentencia estima **procedente** el despido, se declara extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que este no se hubiera cumplido.

Cuando se declare **improcedente o nula** la decisión extintiva, se condena al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación, cuando correspondan, puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso. En aquellos supuestos en que proceda la readmisión, el trabajador ha de reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia. En último término, el juez debe acordar, en su caso, la compensación entre la indemnización percibida y la que fije la sentencia.

Con anterioridad al 1-1-2014 ( ET/95 art.33.8 redacc L 22/2013) en los contratos de carácter indefinido celebrados por **empresas de menos de 25 trabajadores**, cuando el contrato se extinguía por las causas previstas en el despido colectivo y despido objetivo o al amparo de la Ley concursal ( LCon art.64 ), una parte de la indemnización que correspondía al trabajador era objeto de abono directo al mismo por el **FOGASA** en una cantidad equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.

#### 8174 Recursos

Al igual que contra las sentencias dictadas en el procedimiento de despido disciplinario, frente a las dictadas en el proceso de impugnación del despido objetivo **cabe recurso de suplicación** ante el tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma en la que tiene su sede el juzgado de lo social que actuó en la instancia y contra la dictada por el mismo cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo produciendo su interposición los mismos efectos vistos en el proceso de impugnación del despido disciplinario.

### C. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción

8180	1. Impugnación y objeto	8184
	2. Procedimiento	8186

8182 La regulación de los despidos colectivos en el Estatuto de los Trabajadores ( ET art.51 ) afecta a las causas, forma y procedimiento a seguir en los mismos y, por tanto a su tramitación judicial, y muy en concreto a la desaparición de la autorización de la autoridad laboral.

#### 1. Impugnación y objeto

(LRJS art.124)

8184 La decisión empresarial de despido colectivo puede impugnarse a través de cuatro tipos de acciones previstas en la LRJS: la colectiva social (nº 8187 ), la colectiva empresarial (nº 8194 ), la acción individual (nº 8195 ) y la acción de oficio (nº 8197 ).

Deben tramitarse mediante la acción **de despido colectivo** ( LRJS art.124 ):

- a) Las decisiones empresariales de despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, adoptadas sin el acuerdo del ET art.51.2 o sin la autorización del juez de lo mercantil ( LCon art.64.8 ).
- b) Los acuerdos de despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción alcanzados entre el empresario y los representantes de los trabajadores ( ET art.51.2 ).
- c) La resolución de la autoridad laboral que constate la existencia de fuerza mayor; o la decisión empresarial de despido colectivo por fuerza mayor adoptada sin respetar lo establecido en el ET art.51.7 .

Al establecerse distintos tipos de acciones, hemos de tener presente que la interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores de la **demanda colectiva paraliza la tramitación de las acciones individuales iniciadas**, hasta la resolución de aquella. En caso de que los representantes de los trabajadores o la autoridad laboral ( LRJS art.148.b ) no impugnen el despido colectivo, el empresario puede interponer demanda para que se dicte sentencia que declare ajustada a derecho su decisión extintiva y que producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales que los trabajadores hubieran interpuesto o pudieran interponer ( LRJS art.124.3 ).

#### 2. Procedimiento

8186 Es preciso considerar cuatro vías: la acción colectiva social (nº 8187 ), la acción colectiva empresarial (nº 8194 ), la acción individual (nº 8195 ) y la acción de oficio (nº 8197 ).

#### 8187 Acción colectiva social

(LRJS art.124.1)

En cuanto a la **legitimación** debe tenerse en cuenta que la decisión empresarial de despido colectivo puede impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, estos deben tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo ( LRJS art.124.1 ). En cuanto a la implantación suficiente, lo relevante no es que el sindicato tenga representación en la

empresa, sino que tenga «implantación» en el ámbito del despido colectivo y que, además, sea «suficiente» ( TS 21-10-14, EDJ 237205 ).

No es posible la entrada de trabajadores individuales en ningún proceso colectivo ( TS 26-12-13, EDJ 288910 ).

En cuanto a la legitimación pasiva debe tenerse en cuenta que en caso de que el período de consultas regulado en el ET art.51 hubiera finalizado con acuerdo, también debe demandarse a los firmantes del mismo ( LRJS art.124.4 ).

### 8188 Demanda

(LRJS art.124.2)

La demanda puede fundarse en los siguientes **motivos**:

- que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita;
- que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el ET art.51.2 o no se ha respetado lo previsto en el ET art.51.7 ;
- que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho;
- que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.

En ningún caso pueden ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la **inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia** previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones deben plantearse a través del procedimiento individual (nº 8195 ).

### 8189 Evitación del proceso

(LRJS art.124.5)

Para presentar la demanda no es necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso, de forma que no es necesaria la **conciliación** administrativa previa.

### 8190 Plazo para interponer la acción colectiva

(LRJS art.124.6, 7 y 8)

La demanda debe presentarse en el plazo de caducidad de **20 días desde la fecha del acuerdo** alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo. La presentación de la demanda por los representantes de los trabajadores o por el empresario suspende el plazo de caducidad de la acción individual de despido.

Si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantea **demanda de oficio** (nº 8197 ) se suspende esta hasta la resolución de aquel. En este supuesto, la autoridad laboral está legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario. La sentencia, una vez firme, tiene eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución ( LRJS art.124 ).

Este proceso tiene **carácter urgente**. La preferencia en el despacho de estos asuntos es absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabe recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia.

### 8192 Tramitación

(LRJS art.124.9 y 10)

Admitida a trámite la demanda, el letrado de la Administración de Justicia da **traslado** de la misma **al empresario** demandado y le requiere para que en el plazo de 5 días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo. En ese mismo requerimiento, el letrado de la Administración de Justicia ordena al empresario que, en el plazo de 5 días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de 15 días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia. En caso de **negativa injustificada del empresario** a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el letrado de la Administración de Justicia reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de 3 días, con apercibimiento de que, de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento, se podrán imponer sanciones ( LRJS art.75.5 ), y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante.

En la misma resolución de admisión a trámite, el letrado de la Administración de Justicia señala el día y la hora en que haya de tener lugar la celebración del **acto del juicio**, que debe tener lugar en única convocatoria dentro de los 15 días siguientes a la admisión a trámite de la demanda. En la citación se acuerda de oficio el previo traslado entre las

partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba.

### 8193 Sentencia

(LRJS art.124.11 y 12)

La sentencia debe dictarse dentro de los 5 días siguientes a la celebración del juicio y es recurrible en casación ordinaria.

La sentencia puede establecer la **calificación del despido** como:

a) **Procedente**: cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en el ET art.51.2 o 51.7 acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

b) **Nula**: únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista ( TS 20-3-13, EDJ 41764 ) o no haya respetado el procedimiento establecido para los supuestos de fuerza mayor, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

c) No ajustada a Derecho o **improcedente**: cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

Una vez firme la sentencia, se notifica a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones.

La sentencia firme se notifica para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

#### Precisiones

1) Cabe la **declaración de nulidad parcial** del despido por parte del juzgador aunque solo se solicitase la nulidad total de la medida, pues quien pide lo más pide lo menos ( TS 20-9-13, EDJ 216749 ).

2) Se ha entendido que quien pide que se declare la nulidad del despido, está pidiendo también, subsidiariamente, la declaración de que la **decisión extintiva no es ajustada a derecho** ( TS 30-10-13, EDJ 238109 ).

3) Declarada la nulidad del despido, cuando esta **no se combate en el recurso** no procede entrar a valorar si la decisión extintiva estaba justificada o no ( TS 18-2-14, EDJ 30187 ).

### 8194 Acción colectiva empresarial

(LRJS art.124.3)

En aquellos supuestos en los que ni los representantes de los trabajadores promuevan la acción de despido colectivo, ni la autoridad laboral proceda de oficio, el empresario estaría legitimado para solicitar la declaración de que se ajusta a derecho la decisión extintiva colectiva, siguiéndose para ello el procedimiento de art.124 LRJS . La presentación de la demanda por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido.

El empresario puede ejercitar la acción en el **plazo** de caducidad de 20 días. Su cómputo se inicia en el una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores.

#### Precisiones

Se entendió que cuando es la empresa quien interpone la demanda, si no puede traer al proceso a ningún sujeto colectivo pasivamente legitimado que se oponga a su pretensión, no puede entenderse que exista conflicto y la empresa carece de acción ( TS 26-12-13, EDJ 288910 ).

### 8195 Acción individual

(LRJS art.120 , 121, 122, 123 y 124.13)

La impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el juzgado de lo social, presenta las siguientes especialidades:

a) Cuando el despido colectivo **no** haya sido impugnado a través del procedimiento de **despido colectivo**:



1. El **plazo** para la impugnación individual dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores.

2. Cuando el objeto del debate verse sobre **preferencias atribuidas a determinados trabajadores**, estos también deben ser demandados.

3. El despido puede ser declarado nulo por:

- los motivos previstos para el despido objetivo (nº 8168 );

- cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación exigida para la tramitación del despido colectivo (ET art.51.2) o no haya respetado el procedimiento establecido para la tramitación del expediente de regulación de empleo por fuerza mayor (ET art.51.7) , o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista;

- no respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Esta nulidad no afecta a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

**b) Cuando el despido se haya impugnado** por el procedimiento colectivo:

- el plazo de caducidad para la impugnación individual comienza a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o, en su caso, desde la conciliación judicial;

- la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tienen eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales. Por ello, el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda colectiva;

- es nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Esta nulidad no afecta a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

#### 8197 Acción de oficio

(LRJS art.148 y 124.7)

La **autoridad laboral** puede impugnar de oficio los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo, SPEE, hubiese informado que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Si la demanda de oficio se plantea una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores, el procedimiento de oficio se suspende hasta la resolución de aquel. En este supuesto, la autoridad laboral está legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario. La **sentencia**, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución

#### D. Proceso de reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación

(ET art.56; LRJS art.116 a 119 )

**8200** Cuando la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 90 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el **empresario** puede reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación satisfechos al trabajador, correspondientes al tiempo que exceda de dicho plazo. El trabajador también puede reclamar directamente al Estado los salarios de tramitación no abonados por el empresario en situación de insolvencia provisional. En este caso, el trabajador puede reclamar del FOGASA los 90 primeros días y el exceso directamente al Estado ( TSJ Madrid 15-7-15, EDJ 142419 ).

La reclamación al Estado de los salarios de tramitación surge en caso de declaración de improcedencia del despido optando el empresario por la readmisión. Cuando el despido haya afectado a un representante de los trabajadores, la opción corresponde a este y tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Cuando sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las **cuotas de la Seguridad Social** correspondientes a dichos salarios.

1) Inicialmente doctrina y jurisprudencia afirmaban que el **fundamento de este precepto** residía en el derecho a un proceso sin dilaciones y suponía la objetivación de la responsabilidad del Estado por el **anormal funcionamiento de la justicia** ( TS 29-3-99, EDJ 5420 ). Sin embargo, con posterioridad, la jurisprudencia ( TS 23-7-96, EDJ 5257 ) estableció que no nos hallábamos ante un teórico supuesto de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, sino que es solamente un supuesto de **imputación de responsabilidad a los poderes públicos** con propósito de aliviar a las empresas de determinados costes derivados del mero transcurso del tiempo en la resolución de los procesos de despido.

2) Más adelante, algunos pronunciamientos ( TS 29-3-99, EDJ 5420 ) vuelven a insistir en que se trata de una **acción de resarcimiento** de los perjuicios causados al empresario por una dilación en la tramitación del procedimiento, expresión legal de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia ( Const art.125 ; TS 20-7-95, EDJ 4432 ).

## 1. Objeto

8204 La reclamación al Estado solo puede surgir tras la tramitación procesal de un **despido** disciplinario o de un despido objetivo que haya sido **calificado de improcedente** y siempre que la sentencia que por vez primera declare tal improcedencia haya sido dictada transcurridos más de 90 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda ( TS 23-7-96, EDJ 5257 ; 12-12-95, EDJ 7320 ). No procede el **resarcimiento** de los salarios de tramitación a cargo del Estado cuando en la **instancia se declara nulo el despido**, pues este tipo de responsabilidad no puede extenderse por analogía. Tampoco cabe entender la omisión como un olvido del legislador, a la vista de la diferencia de efectos del despido nulo y el improcedente, por lo que si la ley no previó o no quiso prever esa posibilidad indemnizatoria, y ante el conflicto de intereses entre el Estado y el empresario, no parece lícito ni razonable atribuir a aquel la carga onerosa por la vía de la analogía ( TS 26-12-90, EDJ 12035 ).

8205 La **calificación de improcedencia** puede haberse efectuado por el juzgado de instancia, por el tribunal superior de justicia o por el Tribunal Supremo, siempre que **por primera vez se declare su improcedencia** y que exista condena a salarios de tramitación. La **cuantía** de los salarios de tramitación que puede reclamarse al Estado por demora es el exceso de los 90 días hasta la fecha de la notificación de la sentencia ( TS 30-9-98, EDJ 21235 ; 28-11-07, EDJ 269004 ).

No plantea problema si la sentencia que declara por primera vez la improcedencia se dicta por el juzgado de lo social; aunque podrían plantearse problemas cuando se dicte por la sala de lo social del tribunal superior de justicia (o, incluso del Tribunal Supremo) revocando la inicial calificación efectuada en la instancia. El supuesto al que se refiere la ley, en estos casos, es a aquel en el que la sentencia inicial que declara el despido procedente fuese revocada y la sentencia que resuelve el recurso lo declarase improcedente. En estos casos la aplicabilidad de la transferencia al Estado de los salarios de tramitación que excedan de los 90 días no ofrece duda alguna.

Diferente será el supuesto en el que el **despido fue inicialmente declarado nulo** y, posteriormente, tras el recurso se declara improcedente, aunque, en puridad, sea la primera vez que así se declara. En estos casos, el empresario ante la nulidad del despido en la instancia viene obligado a pagar los salarios del trabajador mientras dure la tramitación del recurso, con o sin contraprestación de servicios para el trabajador ( LRJS art.297.1 ). Se trataría, en este caso de un supuesto de ejecución provisional, pues reconocida la nulidad, el empresario podría desde este momento hacer uso de los servicios del trabajador en ejecución provisional de la misma y mientras se tramitaba el recurso interpuesto, con lo que se vería compensado el pago de los salarios que está obligado a hacer efectivo durante esta fase del procedimiento. Habiendo optado libremente por no exigir al trabajador la reanudación de la prestación laboral y hacer efectivo el pago de salarios sin esta contraprestación, no puede hacer recaer ahora sobre el Estado las consecuencias de su decisión cuando la ley no contempla esta posibilidad y establece mecanismos para evitar que, en un caso como este, la empresa pueda resultar perjudicada por la prolongación del proceso ( TSJ Cataluña 18-6-03, EDJ 71168 ).

8207 **Cómputo de los 90 días**  
(LRJS art.119)

El Estado solo responde de las demoras de tramitación regular del proceso pues **han de excluirse** del cómputo de los 90 días:

- el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber acreditado la celebración de la conciliación, de la mediación o del agotamiento de la vía administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquella;
- el período en que estuviesen suspendidos los autos, a petición de parte, por suspensión del acto del juicio ( LRJS art.83.1 );

- el tiempo que dure la suspensión para acreditar la presentación de la querrela, en los casos en que cualquiera de las partes alegase la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito ( LRJS art.86.2 ). Planteada la duda sobre si la exclusión se debía limitar al período de suspensión hasta la querrela o si debía considerarse excluido también el tiempo de tramitación de la causa criminal, se ha considerado correcto este último planteamiento ( TS 18-11-05, EDJ 214150 ; 11-5-04, EDJ 40528 ).

En estos casos el juez, apreciando las pruebas aportadas, decide si los salarios correspondientes al tiempo invertido han de correr a cargo del Estado o del empresario. Excepcionalmente, puede privar al trabajador de su percepción, si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido en manifiesto abuso de derecho.

**No se excluyen** del cómputo de los 90 días:

- los períodos de suspensión del procedimiento solicitados por ambas partes ( TSJ Sevilla 20-11-98 ; 7-11-00 );
- el tiempo transcurrido en la práctica de **diligencias para mejor proveer** ( TSJ Málaga 29-5-97 ; TSJ Sevilla 13-2-98, EDJ 3281 );
- **el tiempo empleado en citar** a la demandada cuando la primera citación resulta infructuosa ( TSJ Málaga 21-2-97 );
- el tiempo transcurrido en la sustanciación del **proceso** que es **declarado nulo** y tiene que repetirse ( TSJ Cantabria 31-12-98, EDJ 65366 );
- el tiempo en el que el proceso estuvo suspendido a petición de parte para **acumular una acción de rescisión** del contrato ( ET art.50 ) dado que tal suspensión sería debida a la necesidad de aplicar las previsiones respecto a acumulación, conforme a la cual la acumulación ha de realizarse de oficio o a petición de parte ( LRJS art.32 ) por lo que es evidente que si no hubiera concurrido esta el juzgado debiera de haberla efectuado por imperativo de dicho precepto, por lo que el tiempo transcurrido entre el primero y el segundo señalamiento no sería imputable a la parte sino al mandato legal de que se debatieran en un solo juicio todas las cuestiones planteadas en las demandas por extinción del contrato por voluntad del trabajador ( ET art.50 ) y por despido ( TSJ Madrid 13-3-01, EDJ 14202 ).

## 8210 Cuantía

Esta es fácilmente determinable una vez que se haya delimitado el período de tiempo a que se contrae la responsabilidad del Estado. Tal número de días debe multiplicarse por el **salario diario** que debe haber sido fijado, ineludiblemente, como hecho probado de la sentencia de despido, ya que el juicio versará tan solo sobre la procedencia y cuantía de la reclamación, y no se admitirán pruebas encaminadas a revisar las declaraciones probadas en la sentencia de despido ( LRJS art.118.2 ).

La cuantía a abonar por el Estado no está sujeta, en principio, al **pago de intereses**, pues no se trata de una deuda salarial del Estado con el empresario, ello a salvo de que pudieran darse los requisitos que para el devengo de intereses prevé la Ley General Presupuestaria ( TSJ Extremadura 4-9-98 ).

## 2. Procedimiento

---

8212 Deben tenerse en cuenta **especialidades** en relación a:

- agotamiento de la vía administrativa previa ( nº 8213 );
- procedimiento judicial ( nº 8216 ).

8213 **Actos de evitación del proceso. Agotamiento de la vía administrativa previa**

Para demandar al Estado por los salarios de tramitación, será requisito previo haber agotado la vía administrativa ante las delegaciones y subdelegaciones de Gobierno ( LRJS art.117.1 ; RD 418/2014 ).

La reclamación administrativa solo se puede plantear cuando la sentencia de despido improcedente sea firme y siempre que no haya transcurrido un año desde tal momento.

El escrito de reclamación debe ir acompañado de la siguiente **documentación** ( RD 418/2014 art.5 ):

**a) Copia testimoniada** de la demanda de despido, de la sentencia que declare su improcedencia y de la resolución judicial de readmisión del trabajador, o comparecencia al efecto.

**b) Certificación de la secretaría** del órgano jurisdiccional o tribunal superior de justicia correspondiente, haciendo constar la cronología del procedimiento y especificando el motivo de la suspensión o la no existencia de esta. En todo caso, deben figurar las fechas de: despido, presentación de la demanda, sentencia y notificación y firmeza de la misma.

c) Documentación que acredite fehacientemente el pago al trabajador de los **salarios** reclamados, así como certificación original de la TGSS sobre **cuotas ingresadas** por el trabajador despedido en el periodo comprendido entre la fecha del despido y la de la notificación de la sentencia.

d) **Informe de vida laboral** del trabajador. En caso de haber prestado servicios para otra empresa en el período de responsabilidad estatal, deberá aportarse documentación acreditativa de los salarios percibidos durante ese período. Si, en estos casos, el empresario no puede obtener el informe de vida laboral del trabajador, la correspondiente área o dependencia de trabajo e inmigración deberá solicitarlo de oficio.

e) Si se nombra un **representante** para la tramitación: poder notarial en que se haga constar expresamente el otorgamiento de dicho poder u otorgamiento de poder efectuado ante funcionario competente.

f) Cuando quien reclame sea el trabajador de una **empresa** declarada **insolvente**: copia testimoniada del auto de insolvencia provisional del empresario, expresando la fecha de su firmeza.

g) Si reclama el trabajador de una empresa en **concurso de acreedores**: certificado del administrador concursal en el que manifieste tener conocimiento de la reclamación del trabajador, y en el que se indique el estado del procedimiento concursal, y que el trabajador no ha cobrado cantidad alguna de la masa del concurso.

La delegación o subdelegación del Gobierno emite **propuesta de resolución** dentro del plazo de 15 días desde la entrada de la reclamación en el registro del órgano competente. La Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia adopta y notifica la **resolución**, en el plazo de un mes desde que recibe la propuesta, poniendo fin a la vía administrativa. Transcurrido el referido plazo sin haberse notificado resolución, la misma se entiende desestimada.

## 8216 Procedimiento judicial

(LRJS art.8.2 y 116 a 119)

En caso de **desestimación** de la reclamación, el interesado puede presentar demanda ante el órgano jurisdiccional que conoció en la instancia del proceso de despido, a través de la modalidad procesal específica de reclamación al Estado de los salarios de tramitación. Es, por tanto, el juez que ya examinó en la instancia el proceso de despido del que los salarios a cargo del Estado traen causa, quien puede conocer y valorar las distintas circunstancias producidas durante la tramitación de aquel proceso y, en consecuencia, su incidencia sobre los salarios de tramitación.

### Precisiones

La atribución de la competencia al **orden jurisdiccional social** constituye una especificación de una genérica previsión ( LRJS art.2 ) que atribuye a los órganos del orden jurisdiccional social el conocimiento de las cuestiones litigiosas promovidas contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral. Esta competencia hay que entenderla ampliada, a pesar del silencio de la LRJS, al reintegro del importe de las **cuotas de Seguridad Social** correspondiente al período de salarios de tramitación, habida cuenta de que en los casos de despido en que sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios ( ET art.56.2 ).

## 8217 Legitimación

La legitimación para efectuar la reclamación corresponde tanto al **empresario** que, habiendo readmitido al trabajador despedido con carácter improcedente, haya pagado los salarios de tramitación, como al propio **trabajador despedido**, en caso de insolvencia provisional del empresario.

Es el empresario el que resulta obligado a abonar, cuando así proceda ( ET art.56 ), al trabajador la totalidad de los salarios de tramitación y, después, reclamar al Estado el exceso de los 90 días si lo hubiera ( ET art.56 y LRJS art.116 s. ). Únicamente cuando el empresario no abonase los salarios al trabajador, se debe ejecutar el fallo de la sentencia de despido improcedente ( ET art.56 ), y cuando tal ejecución resultase infructuosa, la declaración de insolvencia provisional de la empresa autorizaría al trabajador a solicitar del Estado el pago de los salarios que al mismo competen, siendo este el único supuesto que legitima al trabajador para reclamar directamente del Estado los salarios de tramitación que excedan del plazo de 90 días ( TSJ Castilla-La Mancha 7-2-01, EDJ 5077 ).

## 8218 Plazo para la interposición de la demanda

La denegación expresa o tácita de la solicitud administrativa deja expedita la vía judicial, pudiendo el legitimado, empresario o trabajador, plantear la oportuna demanda ante el juzgado de lo social. Ambos podrán reclamar las cantidades correspondientes en el plazo de un año ( LRJS art.117.3 ; ET art.59.2 ).

En caso de que la reclamación sea efectuada por el **empresario**, el cómputo del plazo se inicia desde el momento en que este sufre la disminución patrimonial ocasionada por el abono de los salarios de tramitación. Si la reclamación

la efectúa el **trabajador**, el cómputo se inicia desde la fecha de notificación del auto judicial que haya declarado la insolvencia del empresario.

### 8219 Tramitación del proceso

El procedimiento especial de reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación, presenta las siguientes **especialidades** frente al proceso ordinario:

**a)** El proceso se inicia mediante **demanda**, ante el mismo juzgado que conoció del despido, y la única previsión especial es que la misma debe ir acompañada de copia de la resolución administrativa denegatoria o de la instancia de solicitud de pago ( LRJS art.117.2 ).

**b)** Admitida la demanda, deben ser **citados al juicio** el trabajador, el empresario y el abogado del Estado ( LRJS art.118.1 ).

**c)** La intervención del **abogado del Estado** no suspende el procedimiento para que este pueda elevar consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ( LRJS art.118.1 ), lo que se justifica por la conexión entre solicitud administrativa y reclamación judicial y, también, por limitación del objeto del proceso, debiendo versar alegaciones y pruebas, exclusivamente, sobre si es debido o no por el Estado el exceso de los salarios de tramitación, con la consecuente imposibilidad de alterar los datos fácticos contenidos en la sentencia de despido, y ello aunque el Estado interviene como demandado condicionado por los datos fácticos de una sentencia en la que no ha sido parte; y cualquier cuestión ajena a tal objeto está vedada y, especialmente, cualquier pretensión dirigida a alterar los pronunciamientos contenidos en la sentencia firme de despido de la que los salarios de tramitación traen causa.

**d)** Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia señala **día para el juicio** en los 5 días siguientes ( LRJS art.118.1 ). Se trata, por tanto, de un proceso especial de carácter urgente.

### 8221 Sentencia

Ninguna previsión formal contiene la regulación de esta modalidad procesal respecto de la sentencia, por lo que, en este punto, hay que estarse, íntegramente, a las reglas generales.

El juez, a la vista de las pruebas practicadas, puede bien desestimar la demanda declarando no haber lugar al pago de los salarios de tramitación a cargo del Estado, o bien adoptar la solución contraria, estimando en todo o en parte la demanda, declarando la responsabilidad estatal y condenarle al pago de una cantidad concreta correspondiente a la cuantía de salarios que estime el juzgador.

Si la sentencia absuelve al Estado, ha de establecer expresamente a quien corresponde el abono de los salarios de tramitación reclamados.

Cabe **recurso de suplicación** ante el tribunal superior de justicia, si sobrepasa los 3.000 euros o para subsanar faltas esenciales del procedimiento ( LRJS art.191 ), y contra la que este dicte cabe **recurso de casación para la unificación de doctrina** ante el Tribunal Supremo. No es recurrible la apreciación por el juez de abuso de derecho.

### 8223 Caso particular

Puede plantearse el problema de qué ocurre con la reclamación de los salarios en los supuestos en los que los trabajadores hubieran trabajado por cuenta propia o ajena durante el período a que se refiere la responsabilidad del Estado, cuestión no debatida en el anterior juicio de despido. La jurisprudencia defiende **descontar de los salarios de tramitación** a cargo del Estado los que en el tiempo a que correspondan haya podido obtener el trabajador por cuenta propia o ajena cuando el Estado opone tales hechos en la reclamación previa ( TSJ C.Valenciana 11-6-02 ), y ello aunque la empresa lo haya satisfecho por no haber acreditado en el proceso de despido o en ejecución de sentencia la prestación de dicho trabajo y lo percibido por ello ( TS 8-11-06 ).

## E. Proceso de impugnación de sanciones

(ET art.58.2; LRJS art.114 y 115 )

**8230** En el ejercicio de su poder disciplinario, el **empresario tiene la facultad de sancionar** a los trabajadores por los incumplimientos que se produzcan en el marco de su relación laboral. Estas sanciones gozan de ejecutividad inmediata en la empresa, sin perjuicio de su revisión posterior ante la jurisdicción ( ET art.58.2 ).

El procedimiento especial de impugnación de sanciones se utiliza para la revisión de las sanciones de menor entidad que el despido, pues en este último caso, la impugnación se tramita con arreglo al procedimiento específico de despido (nº 8055 s. ).

Precisiones

**1)** A nivel legal únicamente se regulan las infracciones sancionables con **despido disciplinario** ( ET art.54 ), siendo los **convenios colectivos** los que recogen habitualmente una catalogación detallada de las infracciones laborales y su graduación (leves, graves o muy graves). Igualmente se establecen las sanciones para cada tipo de infracción (amonestación verbal o escrita, traslado forzoso, suspensión de empleo y sueldo, postergación en el ascenso, despido), prohibiéndose expresamente por la ley únicamente dos: reducción de derecho a vacaciones y multas de haber ( ET art.58.3 ). El empresario carece de la facultad de imponer una sanción que no se encuentre previamente tipificada y prevista en disposición legal o convencional para la falta cometida ( TSJ C.Valenciana 14-9-01, EDJ 106530 ).

**2)** El ET art.60 establece unos **plazos de prescripción de las faltas**: prescripción corta (10 días para faltas leves, 20 para graves y 60 para muy graves) a contar desde que el empresario tiene conocimiento de la infracción cometida; prescripción larga (6 meses) desde la comisión del hecho sancionable.

#### 8232 Demanda y plazo para el ejercicio de la acción

El trabajador puede impugnar la sanción impuesta por el empresario en el plazo de caducidad de 20 días ( LRJS art.103 ). El **dies a quo** para el ejercicio de la acción de impugnación es el momento en que se comunica la sanción al trabajador, siendo irrelevante el momento previsto para la ejecución de la misma ( TS unif doctrina 17-5-10, EDJ 122426 ; TSJ Sevilla 14-3-12, EDJ 74167 ).

El cómputo del plazo de caducidad se **suspende** por la preceptiva conciliación ( LRJS art.63 ). El cómputo se reanuda al día siguiente de su celebración o, en su caso, a los 15 días de la presentación de la papeleta ( LRJS art.65 ).

#### Precisiones

**1)** Solo transcurridos los plazos establecidos convencionalmente para recurrir y resolver internamente la sanción, puede considerarse esta definitivamente acordada y, en consecuencia, solo a partir de ese momento comenzaría a computarse el **plazo de caducidad** para el ejercicio de la acción judicial ( TCo 135/1996 ).

**2)** El **sindicato** puede intervenir como coadyuvante, si se aprecia posible vulneración del derecho de libertad sindical, o bien como representante voluntario si el trabajador afiliado lo autoriza ( LRJS art.20 ).

#### 8233 Procedimiento

En el desarrollo del acto del juicio, como ocurre en el procedimiento por despido, se invierte el **orden de intervención** de las partes, correspondiendo al empresario iniciar en primer lugar la presentación de alegaciones, práctica de prueba y conclusiones (LRJS art.114.3 y 105 ).

El empresario debe **justificar** la realidad de los incumplimientos que imputa al trabajador y su entidad. La carga probatoria recae, pues, sobre el empresario ya que la sanción al trabajador no puede sustentarse sobre meros indicios ( TCo 153/2000 ). Los términos del debate judicial se circunscriben a los hechos recogidos en la comunicación de la sanción sin que, en consecuencia, el empresario pueda aportar nuevos datos en el momento de la vista, aunque haya tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

Cuando el trabajador sancionado ostenta la condición de **representante unitario o sindical**, el empresario está obligado a aportar el expediente contradictorio cuya instrucción se exige legalmente en estos casos con carácter previo a la imposición de la sanción ( ET art.68.a ). También se debe aportar expediente disciplinario si es exigible por convenio colectivo o contrato individual para cualquier otro trabajador.

La sanción tiene **ejecutividad inmediata** por lo que la impugnación judicial no suspende la aplicación de la misma ni el juez tiene facultades para decretar su suspensión ( TCo 206/1987 ).

#### Precisiones

**1)** La impugnación de sanciones debe tramitarse inexcusablemente con arreglo a esta modalidad procesal especial aunque se invoque **vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas** ( LRJS art.184 ). En este caso, las pretensiones de tutela de estos derechos y, en particular, el reconocimiento de posibles indemnizaciones, quedarán acumulados al proceso especial de impugnación de sanciones ( LRJS art.26.2 ).

**2)** No procede la invocación del **principio de presunción de inocencia** en el ámbito disciplinario empresarial ya que este no puede desnaturalizarse, extendiéndose a aquellos procesos que no constituyen manifestaciones del ejercicio del ius puniendi estatal ( TCo 81/1988 ; 107/2000 ).

#### 8235 Sentencia (LRJS art.115)

El contenido de la sentencia puede ser:

**a) Desestimatorio de la demanda**, confirmando la sanción impuesta al trabajador cuando se acredita el cumplimiento de las exigencias de forma y la realidad y entidad del incumplimiento imputado al trabajador.

**b) Estimatorio de la demanda** que, a su vez, puede contener los siguientes pronunciamientos:

1. **Revocación total de la sanción**. Esta decisión puede deberse a causas diversas: los incumplimientos imputados al trabajador no han quedado suficientemente probados ( TSJ Galicia 20-9-06, EDJ 458408 ); los hechos que se atribuyen al trabajador no revisten la gravedad suficiente para justificar una sanción ( TSJ Las Palmas 5-6-09, EDJ 242866 ); las faltas que se imputan al trabajador están prescritas ( ET art.60.2 ); o bien la sanción se ha impuesto con vulneración de los principios de seguridad jurídica y buena fe -por ejemplo por haberse tolerado previamente por el empresario durante largo tiempo conductas similares a las que ahora se pretende sancionar ( TSJ Cataluña 21-3-07, EDJ 119772 )-.

Si la sanción consistió en una **suspensión de empleo y sueldo**, la sentencia ha de incluir la condena al empresario al pago de los salarios que hubieran dejado de abonarse en cumplimiento de la sanción ( LRJS art.115 ; TSJ C.Valenciana 17-10-06, EDJ 415980 ).

2. **Revocación parcial de la sanción** cuando se acredita la falta cometida pero el juez entiende que no ha sido adecuadamente calificada por el empresario, constituyendo una infracción de menor entidad. Al igual que en el caso anterior, si la sanción consistió en una suspensión de empleo y sueldo, el pronunciamiento judicial habrá de incluir una condena económica al empresario por los salarios dejados de percibir.

Por otra parte, el juez autoriza al empresario para que imponga una **nueva sanción**, siempre y cuando la falta de menor gravedad que se pretende sancionar no hubiera prescrito antes de la imposición de la sanción más grave. La nueva sanción ha de imponerse en el plazo de caducidad de 10 días tras la notificación de la sentencia. La decisión empresarial es revisable a instancias del trabajador, en el plazo de caducidad de 20 días tras la comunicación de la nueva sanción, a través del incidente de ejecución de sentencia ( nº 8856 ).

3. **Nulidad de la sanción** por alguno de los siguientes **motivos**:

- inobservancia de los requisitos formales exigidos legal, convencional o contractualmente para la imposición de la sanción, o cuando estos presenten defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos (principalmente garantizar la defensa del trabajador ( TSJ Cataluña 13-4-06, EDJ 290414 );

- vulneración de los derechos fundamentales o libertades públicas, por incurrir en alguna causa de discriminación prevista en la Constitución o por incurrir en alguno de los supuestos que comportan la nulidad del despido por embarazo o circunstancias familiares del trabajador ( LRJS art.108.2 );

- por consistir la sanción en una de aquellas expresamente prohibidas por la ley y consistentes en reducción de las vacaciones o multas de haber ( ET art.58.3 );

- por imputar una falta o sanción no tipificada legal o convencionalmente;

- por no conceder audiencia previa a la sanción a los restantes miembros de la representación a que el trabajador pertenezca, cuando este ostenta la condición de representante unitario o sindical ( TSJ Cataluña 22-9-04, EDJ 186180 );

- por no conceder audiencia previa a la sanción a los delegados sindicales cuando se trate de un trabajador afiliado a un sindicato, siempre que el empresario tenga constancia de tal circunstancia ( TSJ Cataluña 14-5-10, EDJ 164687 ).

#### Precisiones

Para la sanción por **faltas graves o muy graves** es preceptiva la comunicación escrita donde consten con claridad las imputaciones que se realizan al trabajador ( ET art.58.2 ).

#### 8240 Recursos

No cabe recurso frente a las sentencias dictadas en este procedimiento, salvo en los casos de sanciones por **faltas muy graves** confirmadas por el juez. En esos supuestos el recurso que procede es el de suplicación ( LRJS art.191 ), si bien solo se reconoce la posibilidad de recurrir al trabajador sancionado, en ningún caso a la empresa. Esta restricción se considera, sin embargo, justificada por el Tribunal Constitucional por cuanto trata de restablecer la igualdad entre las partes ( TCo 125/1995 ).

Igualmente cabe recurso cuando el mismo tenga por objeto subsanar una **falta esencial del procedimiento** o para combatir la competencia del órgano que dictó la resolución, en cuyo caso la sentencia resolverá solo sobre el defecto procesal invocado ( LRJS art.191.3.d ).

## F. Proceso para la fijación de las fechas de disfrute de vacaciones

**8250** Las controversias que surjan en torno a la fijación de las fechas de disfrute de las vacaciones se tramitan con arreglo a esta modalidad procesal especial . Cualquier otra cuestión relativa a las vacaciones pero que no se refiera expresamente a las fechas de disfrute ha de ser tramitada por la vía del procedimiento ordinario ( TS 29-3-95, EDJ 1553 ; 17-7-08 ) ( nº 7650 ).

Deben considerarse, pues, **excluidos de este proceso** especial:

- reclamaciones sobre períodos de servicios computables a efectos de devengo de vacaciones;
- litigios sobre retribución de vacaciones;
- aplazamiento del disfrute de las vacaciones por solapamiento con maternidad o incapacidad temporal;
- reconocimiento del derecho a vacaciones y no a la compensación económica de las mismas;
- cuestiones relativas a la duración de las vacaciones, como el cómputo de días no laborables coincidentes con el final del período de vacaciones ( TSJ Galicia 3-7-09, EDJ 158716 );
- discrepancias en torno a las fechas de disfrute de permisos, licencias u otros días libres reconocidos por el convenio pero distintos de las vacaciones ( TSJ Málaga 27-3-98, EDJ 12656 );
- cualquier otra cuestión conectada con el disfrute vacacional pero que no se refiera concretamente a las fechas; por ejemplo, la escasa antelación con la que el empresario comunica las fechas de disfrute y la indemnización que pueda corresponder al trabajador ( TSJ Madrid 25-2-93 ). Igualmente, si lo que se trata es de impugnar la legalidad del calendario elaborado por la empresa -obviando la negociación con los representantes o incumpliendo los requisitos exigidos por convenio- el procedimiento a seguir debe ser el de conflicto colectivo ( JS Alicante núm 6, 10-3-03 ).

#### **8252** Especialidades frente al proceso ordinario

Los rasgos diferenciadores de este proceso especial están limitados a unos aspectos muy concretos, habiendo de estarse para todos los demás requisitos de tramitación a las normas del proceso ordinario ( LRJS art.102 ):

**a) Carácter urgente y preferente.** El principio de caducidad anual de las vacaciones y la imposibilidad de compensación económica de las mismas obligan a su fijación y disfrute dentro del año natural de devengo, lo que imprime mayor apremio para la resolución de estos litigios. La preferencia que se predica de estos procesos implica, pues, una prioridad en el reparto, celebración del juicio y fallo de estos asuntos, salvando aquellos procedimientos que gozan legalmente de prioridad absoluta como el de conflicto colectivo ( LRJS art.153 ), o el de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ( LRJS art.179 ).

La urgencia se manifiesta en el acortamiento de los plazos de tramitación, el cómputo del mes de agosto como período hábil ( LRJS art.43.4 ), y la limitación de recursos frente a la sentencia.

**b)** No es necesario el trámite de **conciliación previa** ( LRJS art.64.1 ). Se omite este acto preprocesal para asegurar una mayor celeridad en la tramitación del procedimiento (TSJ Andalucía 3-1-94).

#### **8255** Demanda y plazo para el ejercicio de la acción

(LRJS art.125)

Para la interposición de la demanda se establecen dos tipos de plazos:

**a)** Cuando la **fecha de vacaciones esté fijada** en convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o se haya fijado unilateralmente por el empresario, el trabajador dispone de un plazo de caducidad de 20 días para presentar la demanda a partir del momento en que tuviera conocimiento de la fecha de las vacaciones.

Si el convenio señala unas fechas fijas de disfrute vacacional **para todo el personal**, la vía impugnatoria habrá de ser la del conflicto colectivo. Pero si, excepcionalmente, el convenio fija fechas de disfrute de vacaciones para los **trabajadores individuales**, el dies a quo para la interposición de la demanda será el día de la publicación del convenio.

Si la discrepancia procede de las fechas fijadas unilateralmente por el empresario o por el acuerdo entre este y los representantes, hay que estar para la determinación del dies a quo al momento en que el trabajador tiene conocimiento de dichas fechas ( JS Madrid núm 25, 30-7-01, DSI/81/02 ).

**b)** Cuando **no estuviera señalada la fecha del disfrute** de las vacaciones, la demanda deberá presentarse, al menos, con 2 meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador.



Cuando el objeto del debate verse sobre las **preferencias atribuidas a determinados trabajadores**, estos también deben ser demandados ( LRJS art.125 ).

#### 8256 Procedimiento

Como consecuencia del carácter urgente de este proceso, el acto de la **vista** ha de señalarse dentro de los 5 días siguientes al de admisión de la demanda.

Si, una vez iniciado el proceso se produce la fijación de las fechas de disfrute de las vacaciones ( ET art.38 ), no se interrumpe la continuación del procedimiento; si bien, en ese caso, parece que el trabajador puede desistir de su demanda si las fechas resultan satisfactorias para él.

#### 8257 Sentencia

La sentencia debe ser dictada en el **plazo** de 3 días desde el acto del juicio ( LRJS art.126 ).

Respecto al **contenido del fallo**, la norma no ofrece ningún parámetro que haya de guiar la decisión del juez, a salvo de los criterios que puedan recogerse en convenio colectivo. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la fijación de las fechas de vacaciones ha de realizarse por acuerdo entre trabajador y empresario sin que, en defecto del mismo, proceda la fijación unilateral por el empresario ( JS Sevilla núm 4, 25-11-02 ). Se habla, así, de un fallo de equidad en el que el juez deberá ponderar la idoneidad de las fechas propuestas por el trabajador y la existencia de un interés empresarial digno de tutela para fijar unas fechas distintas ( JS Madrid núm 23,7-10-05, DSI/14/06 ).

#### 8258 Recursos

La sentencia que se dicte en este procedimiento no admite recurso salvo que el mismo tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o para combatir la competencia del órgano que dictó la resolución, en cuyo caso la sentencia resolverá solo sobre el defecto procesal invocado ( LRJS art.191.3.d ).

La imposibilidad para recurrir en estos procesos no se considera, sin embargo, inconstitucional ( TCo auto 951/1986 ).

### G. Procesos en materia electoral

8260 Las **elecciones sindicales** tienen por **objeto** y finalidad, por una parte, la designación de los miembros de representación unitaria de los trabajadores y de los funcionarios públicos; y por otra, determinar el nivel de representatividad de las organizaciones sindicales mediante la atribución a las mismas de los resultados electorales ( TCo 285/1993 ; 95/1996 ; TS 7-7-99, EDJ 18427 ).

8261 Los órganos jurisdiccionales del **orden social** conocen en procesos sobre materias electorales, incluida la denegación del registro de actas electorales. Esta competencia se extiende a las elecciones a órganos de representación del personal de las **Administraciones públicas**.

En concreto, el **ámbito material** de los procesos electorales queda restringido, básicamente, a la revisión judicial de la validez del procedimiento de designación de la representación unitaria, y que se tramita por los procedimientos siguientes ( LRJS art.127 a 136 ):

**a) Impugnación de la resolución administrativa** que deniegue el registro de las actas electorales ( nº 8266 ) ( nº 4200 s. Memento Procedimiento Laboral 2017-2018).

**b) Impugnación de la denegación o el contenido de la certificación de capacidad representativa sindical** o de los resultados electorales emitida por la oficina pública ( nº 8272 ).

**c) Impugnación de laudos** que hayan resuelto las controversias nacidas en el procedimiento electoral, tanto en la elección de delegados de personal y comités de empresa, como en la de delegados de personal y juntas de personal de las Administraciones públicas ( LRJS art.127 a 132 ; TSJ Extremadura 31-1-96, Rec 828/95 ). La materia que se ha de sustanciar por esta modalidad especial comprende no solo la fase de actuación y resoluciones adoptadas por la mesa electoral sino **todas las impugnaciones** relativas al proceso electoral desde la promoción de las elecciones, incluida la validez de la comunicación a la oficina pública del propósito de celebrar las mismas, así como todas las actuaciones electorales previas y posteriores a la constitución de la mesa electoral y las decisiones de esta y la atribución de los resultados, hasta la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral.

Las **restantes controversias**, relacionadas con procesos electorales, deben tramitarse por el procedimiento ordinario o, en su caso, por la modalidad procesal correspondiente ( AN 20-7-95 ; 7-4-99, EDJ 77512 ; TS 18-6-93, EDJ 6007 ).

1) La **competencia** de toda la materia electoral corresponde al **orden social**, aunque haya afectación de funcionarios públicos y haya de sustanciarse por el procedimiento ordinario o por cualquiera de las modalidades especiales ( TS 10-11-09, EDJ 321872 , con un voto particular).

2) Se ha entendido que el procedimiento adecuado para determinar, si ciertas unidades productivas de la empresa son aptas para la **constitución de una unidad electoral**, es el procedimiento de conflicto colectivo ( AN 20-7-95 ; 7-4-99, EDJ 77512 ; 27-1-00, EDJ 7414 ; TS 18-6-93, EDJ 6007 ; 31-1-01, EDJ 2689 ).

#### 8264 Supuestos excluidos

Las siguientes reclamaciones se conocen por la **jurisdicción social**, pero su tramitación no se realiza por el proceso especial en materia electoral:

- a) Elecciones internas de los sindicatos y de las asociaciones empresariales ( TSJ Madrid 10-4-97, Rec 528/97 ).
- b) Constitución de secciones sindicales y designación de delegados sindicales ( TS 20-7-00, EDJ 24417 ).
- c) Designación de los representantes sindicales por una asamblea ( TS 10-12-99, EDJ 40554 ).
- d) Nombramiento de los componentes de los comités de seguridad ( TSJ Sevilla 8-2-00, EDJ 28598 ), o de las representaciones de obras sociales ( TS 24-9-93, EDJ 8227 ).
- e) Reclamaciones sobre los componentes de la comisión promotora de los planes de pensiones ( TS 29-11-00, EDJ 55674 ).
- f) Funcionamiento posterior del órgano de representación unitaria ( TSJ Cataluña 28-1-02, EDJ 129927 ) o la aprobación del reglamento interno ( TSJ Granada 26-2-01, EDJ 25796 ).
- g) Remoción del cargo de presidente del comité de empresa ( TSJ Cataluña 20-12-00, Rec 6407/00 ) y revocación de representantes de los trabajadores ( TS 12-2-98, EDJ 698 ; TSJ Extremadura 6-2-92, Rec 5/92 ; TSJ Sevilla 13-5-96, Rec 85/96 ; TSJ Málaga 19-11-92, Rec 707/92 ).
- h) Nombramiento proporcional en las comisiones de trabajo ( TSJ La Rioja 11-9-91, Rec 130/91 ).
- i) Litigios sobre composición del comité intercentros, no procediendo atribuir los resultados de un sindicato a otro cuando el proceso de fusión de produjo después de terminado el proceso electoral y la propia constitución del comité intercentros ( TS 14-5-02, EDJ 32094 ).
- j) Impugnación de un acuerdo para realizar el proceso electoral ( TS 9-12-92, EDJ 12089 ; AN 14-1-00, EDJ 7412 ) ; o de acuerdos de las Comisiones Electorales Provinciales ( TS 26-10-91, EDJ 10154 ; 8-6-93, EDJ 5480 ; 22-3-94, EDJ 2666 ).
- k) Atribución de resultados por un sindicato, aunque se haya producido una desafiliación colectiva, constituyéndose otro sindicato ( TS 17-10-94, EDJ 8262 ; 21-10-97, EDJ 21265 ; 7-7-99, EDJ 18427 ; 22-9-99, EDJ 37943 ). Aunque, en tanto se vincule a la Certificación de la Oficina Pública podría entenderse que la modalidad adecuada sea la de LRJS art.136 .
- l) Celebración de una asamblea para promover elecciones sindicales en una empresa en la que el sindicato promotor no tenía presencia ( TSJ C.Valenciana 20-11-01, EDJ 81285 ).
- m) Promoción de elecciones a delegados de personal en empresas con centros de trabajo de menos de seis trabajadores, aunque tengan más sumando los diversos centros de trabajo ( TS 19-3-01, EDJ 3112 ).
- n) Procedimiento para el nombramiento de árbitros, que corresponde necesariamente a los sindicatos más representativos ( TS 17-6-02, EDJ 26668 ).
- ñ) Celebración de una asamblea en el centro de trabajo de la empresa por parte de un sindicato más representativo, que no había presentado candidatos al proceso electoral, planteado por otro sindicato, procediendo la demanda de tutela de libertad sindical ( TS 11-2-03, EDJ 7211 ).

#### 8266 Impugnación de resolución administrativa que deniegue el registro de las actas electorales

(LRJS art.133 a 135)

La resolución denegatoria de la autoridad laboral del registro de las actas de la elección puede ser impugnada ante el juzgado de lo social de la **circunscripción** en que se encuentre la oficina pública que ha denegado la inscripción . Por tanto, la **competencia funcional** viene determinada por el elemento de la localización de la oficina y no por el de la extensión del ámbito electoral en el que ha surgido el conflicto, habiendo excluido en base a este criterio el

## Precisiones

Las demandas en materia electoral en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se deben tramitar inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente ( LRJS art.184 ). Por tanto, como la impugnación de las resoluciones que denieguen el registro de actas electorales o la impugnación de certificaciones pertenecen al proceso electoral, ha de tramitarse necesariamente por esta modalidad especial ( LRJS art.133 a 136 ), siendo este un criterio reiterado y pacífico en la doctrina judicial ( TSJ Sevilla 3-2-98, EDJ 3292 ; TSJ C.Valenciana 13-5-99, EDJ 40055 ; TSJ Sevilla 23-6-00, EDJ 35776 ; TSJ Sta. Cruz de Tenerife 14-3-01, EDJ 5076 ; TSJ Málaga 7-9-01, EDJ 79093 ).

### 8268 Legitimación

En cuanto a la **legitimación activa**, pueden ser demandantes quienes hubiesen obtenido algún representante en el acta de elecciones cuyo registro se haya denegado, sin que quepa entender como legitimados a todos aquellos a quienes la oficina pública ha de comunicar la resolución denegatoria de la extensión ( ET art.76.6 ; RD 1844/1994 art.26 ).

El personal al servicio de las Administraciones públicas puede optar entre la promoción del arbitraje o seguir el procedimiento, previsto en la propia LRJS art.133 a 135 ( RD 1846/1994 art.23 ).

En cuanto a la **legitimación pasiva**, la Administración a la que esté adscrita la oficina pública será siempre parte, dirigiéndose la demanda también contra quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de la resolución administrativa. Se reconoce a la Administración a la que esté adscrita la oficina pública la legitimación pasiva al emanar de la misma el acto impugnado. En cuanto al resto de demandados la referencia a «quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de la resolución» denegatoria, es lógico entenderla referida a aquellos que no hubiesen obtenido ningún representante, dado que de haberlos obtenido, parece más probable su postura procesal de legitimados activos.

### 8269 La resolución administrativa puede **denegar el registro del acta** en los siguientes casos (ET art.75.7) :

- cuando se trate de actas que no vayan extendidas en el modelo oficial normalizado;
- por falta de comunicación de la promoción electoral a la oficina pública;
- por falta de la firma del presidente de la mesa electoral;
- por omisión o ilegibilidad en las actas de alguno de los datos que impida el cómputo electoral.

En el supuesto de **falta de comunicación a la oficina electoral**, la denegación del registro del acta procede directamente; sin embargo, en el resto de supuestos, la oficina debe abrir un trámite de subsanación, procediendo únicamente la denegación del registro cuando la subsanación no se haya realizado en plazo o en forma.

### 8270 Tramitación

La acción judicial debe ejercitarse en el **plazo** de 10 días, contados a partir del siguiente a aquel en que se recibe la notificación de la resolución administrativa denegatoria del registro ( LRJS art.134 ).

Se trata de un **proceso urgente**. En la resolución por la que se admita la demanda se requerirá a la oficina pública competente el envío del expediente administrativo, que habrá de ser remitido en el plazo de 2 días.

El juicio ha de celebrarse en los 5 días siguientes a la recepción del expediente y la sentencia, contra la que no cabe recurso, habrá de dictarse en el plazo de 3 días ( LRJS art.135 ).

La **sentencia** debe comunicarse a las partes y a la oficina pública. Si desestima la demanda confirmará la denegación del registro y de ser estimatoria ordenará de inmediato el registro del acta electoral.

La confirmación judicial de la denegación del registro impide que el acta despliegue efecto alguno, teniéndose por inexistente, sin que pueda ser tenida en cuenta a efectos de capacidad representativa.

Contra la sentencia no cabe recurso salvo que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ( TCo 149/2016 ; TS 3-11-15, EDJ 235999 ). Sin embargo, puede, si procediera, interponerse recurso de aclaración ( LOPJ art.267.2 ).

### 8272 Impugnación de la certificación de la capacidad representativa

Las resoluciones de la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral relativas a la expedición de certificaciones de la capacidad representativa de los sindicatos o de los resultados electorales pueden ser impugnadas por el sindicato o sindicatos interesados, ante el juzgado de lo social en cuya circunscripción se encuentre la oficina pública correspondiente. La demanda debe presentarse dentro del **plazo** de 10 días siguientes a la expedición o denegación de la certificación dirigiéndose, en su caso, contra los demás sindicatos a los que afecte la declaración pretendida.

La resolución que admita a trámite la demanda señala el juicio con **carácter urgente** dentro del plazo de los 10 días siguientes y dispone la reclamación del expediente administrativo de la oficina pública para su remisión al juzgado dentro de los 2 días siguientes.

La **sentencia** ha de dictarse en el plazo de 3 días y debe resolver sobre los términos de la certificación emitida en función de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Contra dicha resolución, que se debe notificar a la oficina pública y a las partes, cabe **recurso de suplicación**.

#### 8274 Objeto del proceso

Tiene por objeto la impugnación de las resoluciones dictadas por la autoridad laboral sobre las certificaciones de la capacidad representativa de los sindicatos o de los resultados electorales.

Los procesos electorales en los que se invoque **lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas** deben tramitarse inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente. Por tanto como la impugnación de certificaciones pertenece al proceso electoral, ha de tramitarse necesariamente por la modalidad especial, siendo este un criterio reiterado y pacífico en la doctrina judicial ( TSJ Sevilla 3-2-98, EDJ 3292 ; TSJ C.Valenciana 13-5-99, EDJ 40055 ; TSJ Sevilla 23-6-00, EDJ 35776 ; TSJ Sta. Cruz de Tenerife 14-3-01, EDJ 5076 ; TSJ Málaga 7-9-01, EDJ 79093 ).

El resultado de las elecciones a **representantes unitarios**, determina, cumpliéndose con los porcentajes que determina la LOLS, la atribución de capacidad representativa a los **sindicatos** en función de los resultados electorales. La condición de más representativo o representativo de un sindicato se comunicará en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato interesado la oportuna certificación expedida a su requerimiento por la oficina pública establecida al efecto ( LOLS art.6 , 7 y disp.adic.1ª ; ET art.75.7 ).

Corresponde por tanto a la **oficina pública** tanto el registro de las actas como, a requerimiento del sindicato interesado, la certificación acreditativa de su capacidad representativa a los efectos de la LOLS art.6 y 7 . Estas certificaciones deben consignar si el sindicato tiene o no la condición de más representativo o suficientemente representativo, salvo que el ejercicio de las funciones o facultades correspondientes requieran la precisión de la concreta representación que se ostenta ( ET art.76.7 ).

La **parte demandada** en el proceso es la Administración de la que dependa la oficina pública de registro y depósito de actas, emisora de la certificación. Además, la demanda se debe dirigir contra los sindicatos afectados por la resolución que se trate.

#### Precisiones

La regulación contenida en la LRJS art.136 se establece de forma análoga a la modalidad procesal de impugnación de actas electorales ( nº 8266 ), si bien a diferencia de esta, y dada la importancia constitucional del derecho de libertad sindical, cabe el **recurso de suplicación** contra la sentencia resolutoria de instancia, cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento, que haya producido indefensión ( LRJS art.191.3.d ; TSJ Madrid 19-12-00, EDJ 62550 ).

### H. Procesos de clasificación profesional

(LRJS art.137; ET art.22 a 24 )

8280 El **objeto** de la modalidad procesal de clasificación profesional es la adecuación entre la categoría asignada a un trabajador y las funciones que este efectivamente realiza.

No se tramitan por este procedimiento especial, sino por el ordinario, las reclamaciones frente a la medida de **movilidad funcional** para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional que el empresario puede adoptar cuando existan razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención ( ET art.39.2 ).

1) El proceso especial de clasificación profesional tiene un **objeto limitado** a decidir si al demandante de una categoría profesional superior a la reconocida le corresponde la misma por desempeñar las funciones propias de aquella, para lo cual lo importante es averiguar cuáles son realmente las funciones que aquel desempeña y lo secundario encuadrarlas dentro de las previsiones de Convenio ( TS 19-2-09, EDJ 50836 ; 3-5-06, EDJ 65499 ).

2) La modalidad procesal de clasificación profesional debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de **actividades de categoría superior**, pero no cuando la clave de la decisión judicial se encuentre en la interpretación de preceptos legales o convencionales ( TS 24-2-95, EDJ 24716 ) con hincapié en la circunstancia de que en este tipo de procesos lo determinante es la averiguación de los hechos y circunstancias de trabajo efectivamente desarrollado, por lo que no estamos en presencia de uno de dichos procesos cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos ( TS 6-10-03, EDJ 127763 ; 3-5-04, EDJ 47791 ). No quiere decir esto sin embargo que en los pleitos de clasificación no haya que resolver un problema jurídico pues es evidente que en el examen de los problemas de **equivalencia entre función realmente desempeñada y categoría** hay que considerar tanto elementos fácticos (las funciones realmente desempeñadas) como jurídicos (la definición del ámbito de la categoría profesional de la norma profesional aplicable) ( TS 5-7-05, EDJ 131440 ). Lo que se quiere señalar es que cuando el problema trasciende el de dichos posibles desajustes ya no puede ser objeto del indicado proceso, cual ocurre cuando hay que abordar cuestiones más complejas que afectan a la propia interpretación de la normativa reguladora de la clasificación ( TS 19-2-09, EDJ 22975 ; 3-5-06, EDJ 65499 ). A estos efectos, resulta indiferente que la falta de correspondencia entre las funciones realizadas y la categoría atribuida se produzca en la clasificación inicial o en el ulterior desarrollo de la relación laboral ( TS 28-9-93, EDJ 8416 ).

#### 8281 Supuestos excluidos

Los supuestos excluidos de esta modalidad procesal son, entre otros, los siguientes:

a) Solicitud de ascensos de categoría basados en la interpretación del convenio colectivo o los acuerdos de empresa o procesos de **transferencias** de competencias del Estado a las comunidades autónomas ( TS 24-2-95, EDJ 1343 ). Debe acudirse en estos supuestos al procedimiento ordinario ( TS 2-12-02, EDJ 61401 ).

b) Solicitud **exclusiva de diferencias retributivas** ( TS 5-11-97, EDJ 9857 ), cuando no se hayan acumulado a una pretensión de reconocimiento de la categoría superior ( TCo 60/1990 ; TSJ Navarra 9-2-99, Rec 245/98 ; TSJ Valladolid 23-5-00, EDJ 31618 ).

c) Solicitud de **reclasificación profesional en el seno de un procedimiento de homologación de categorías**. No obstante, alguna doctrina judicial ha venido admitiendo esta posibilidad ( TSJ Cantabria 26-12-02, EDJ 130231 ).

d) Conflictos en la implantación de un nivel retributivo o en la **equivalencia de situaciones de polivalencia funcional y niveles retributivos** ( TSJ Navarra 10-6-96, EDJ 8095 ).

e) Solicitud de **reconocimiento de titulaciones profesionales** ( TSJ C.Valenciana 18-6-02 ).

f) Reclamaciones de categoría profesional sin pretensión de consolidación o convocatoria de plaza ( TSJ Cataluña 26-12-02, EDJ 130231 ).

g) **Modificación sustancial de condiciones trabajo**, cuya reclamación ha de reconducirse al procedimiento desarrollado en nº 8316 ( TS 18-9-00, EDJ 36249 ).

h) Reclamaciones **colectivas** ( TS 28-9-93, EDJ 8416 ).

#### 8282 Naturaleza de la acción

La acción de clasificación profesional es una **acción declarativa** ( TCo 39/1984 ; 71/1991 ). En el caso de que la acción prospere, al trabajador le será reconocida la categoría profesional correspondiente a las funciones efectivamente realizadas. Esta declaración no conlleva el pago de las posibles diferencias salariales, para lo cual ha de efectuarse la correspondiente reclamación de cantidad.

#### 8283 Acumulación de acciones

Al tratarse de una modalidad procesal especial, en principio podría parecer que no cabe la acumulación con otra acción. Sin embargo, a esta pretensión sí puede acumularse la **reclamación de cantidad** por las diferencias retributivas con causa en esta situación, y por tanto el trabajador podrá reclamar el ascenso sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente acumulando ambas acciones; posibilidad reconocida expresamente en la propia LRJS. Antes de que se reconociera normativamente esta posibilidad, reiterada jurisprudencia había ya admitido esta situación, debido a la manifiesta interdependencia que se advierte entre la acción de clasificación profesional y las diferencias económicas correspondientes cuando ambas se ejercitan conjuntamente ( TS 21-12-92, EDJ 19059 ).

#### 8284 Plazo para el ejercicio de la acción

Esta acción no tiene señalado un plazo especial de prescripción y se entiende que puede ejercitarse mientras se realicen las funciones en que se basa. El trabajador tiene derecho a solicitar que se le encomienden las funciones propias de su grupo durante la vigencia del contrato ya que es una obligación de tracto sucesivo derivada de dicho contrato y, por ello, exigible en cualquier momento ( TSJ Madrid 19-4-06, EDJ 107350 ). Lo mismo sucede cuando se reclama la aplicación del sistema de ascensos previsto en convenio colectivo ( TS 21-11-11, EDJ 306695 ).

El plazo de un año fijado para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de trabajo ( ET art.59 ) se refiere, más bien, a los efectos económicos derivados del éxito de la reclamación, y se inicia a partir del cese en las funciones ( TS 11-6-91, EDJ 6193 ).

#### 8286 Especialidades del procedimiento frente al proceso ordinario

Debe tenerse en cuenta diversas especialidades en relación al proceso ordinario.

#### 8289 Informe de los representantes de los trabajadores

Antes de interponer la demanda de clasificación profesional es necesario que el demandante solicite a los representantes legales de los trabajadores esto es, al comité de empresa o en su caso, delegados de personal, según corresponda -siempre que el centro de trabajo del trabajador cuente con, al menos, seis trabajadores- la emisión de un informe sobre su pretensión de reconocimiento de categoría profesional, con al menos 15 días de antelación a la presentación de su demanda ( LRJS art.137 ).

El informe, que ha de referirse a las **funciones superiores alegadas** por el trabajador y la correspondencia de las mismas dentro del sistema de clasificación aplicable, deberá acompañar a la demanda que inicie el procedimiento, convirtiéndose, por ministerio de la ley, en un requisito indispensable de admisibilidad de la demanda.

Sin embargo, este requisito no supone una carga excesiva para el demandante, puesto que no puede exigírsele su aportación si **acredita que lo solicitó** sin obtenerlo con una antelación mínima de 15 días a la presentación de la demanda. En los casos de ausencia de respuesta empresarial no se le puede exigir la aportación del informe una vez que consta que se solicitó y que no se ha recibido respuesta, sobre todo teniendo en cuenta que de ello se hace depender un derecho fundamental, el de acceso al proceso ( TCo 172/1987 ).

#### 8290 Conciliación

Es necesario el **intento** de conciliación o mediación preprocesal ( LRJS art.63 s. ).

Asimismo, hay que tener en cuenta el **convenio** colectivo aplicable al trabajador en la medida en que puede establecer un sistema de solución de conflictos que sustituya a la conciliación administrativa o reclamación previa.

#### 8292 Demanda

(LRJS art.18 y 80 )

La demanda debe cumplir necesariamente las exigencias establecidas en la norma procesal, porque el proceso de clasificación profesional se tramita por las normas del procedimiento ordinario, sin más especialidades que el informe del comité de empresa y el informe de la inspección de trabajo. Específicamente, ha de concretar el grupo profesional que se pretende y la descripción de las que corresponden al grupo profesional pretendido.

Debe concretar, asimismo, **desde cuándo se vienen realizando dichas funciones**:

**a)** Si las viene realizando desde el inicio de su relación laboral, resulta aconsejable, aunque no preciso, suplicar que se le clasifique en dicho grupo con razón al principio de adecuación categoría/función.

**b)** Cuando no se realicen funciones de grupo superior desde el inicio de la relación laboral, debe identificarse desde cuándo viene realizando las funciones del grupo profesional pretendido, suplicando el ascenso, cuando no haya obstáculo convencional para ello. Si existiera **obstáculo convencional**, debe suplicar que se cubra la vacante con arreglo a los procedimientos de cobertura de vacantes existente en la empresa.

La demanda ha de ir acompañada del **informe** de la representación legal o, en su defecto, la acreditación de haberlo solicitado (nº 8289 ).

#### 8294 Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Una vez admitida a trámite la demanda, el **juzgado de lo social** solicita a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la emisión de un informe, remitiéndole copia de la demanda y de los documentos que la acompañan. El **trabajador** demandante no tiene que reclamar la práctica de esta prueba en su demanda, sino que la solicitud la debe llevar a cabo de oficio el órgano jurisdiccional de instancia. En caso de no llevarse a cabo, se incurriría en un vicio procesal, por no observar el órgano jurisdiccional una norma de carácter imperativo, que conllevaría la nulidad de la resolución finalmente adoptada y la reposición del proceso al estado en que se encontraba en el momento inmediatamente anterior al que debía observarse la petición del informe ( TSJ Madrid 4-9-95 ; 8-5-92 ; TSJ Cataluña 3-9-96 ).

Originariamente, cuando la tramitación del expediente de clasificación profesional tenía naturaleza administrativa, este informe estaba concebido como una **propuesta de resolución**, cuyo contenido versaba sobre los hechos objeto del litigio y el derecho aplicable. Posteriormente se redujo su contenido a aspectos exclusivamente fácticos que se mantiene en la actual regulación pues el informe debe versar sobre los hechos invocados y circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor ( LRJS art.137 ).

- 8295 La Inspección de Trabajo y Seguridad Social dispone de un **plazo** de 15 días para emitir su informe desde que tiene entrada en el registro administrativo el oficio del juzgado de lo social. En el caso de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no emitiera su informe en el citado plazo, el proceso debe suspenderse hasta la recepción del mismo. A diferencia de lo que ocurre con el informe de los representantes legales, para el que la LRJS art.137 contempla la posibilidad de continuar el proceso si este no se ha emitido en el plazo de 15 días -siempre que se acredite su solicitud-, la LRJS no contempla esta posibilidad para el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicho esto, la **falta de diligencia** de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la emisión de su informe no justificaría la suspensión sine die del proceso, puesto que con ello se estaría lesionando el derecho del trabajador demandante a la tutela judicial efectiva.

Aunque el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no vincula al órgano judicial, es un **medio de prueba privilegiado** respecto de otros aportados al proceso, en atención a que es emitido por un funcionario público del que se predica su imparcialidad. Es un documento público que, sin llegar a gozar de presunción de certeza plena, los hechos, actos o estados de cosas que contiene se tienen por ciertos a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado ( LEC art.319.2 ).

Esta presunción se refiere únicamente a los extremos de hechos constatados personalmente por el inspector, debiendo identificarse en el informe ( TSJ Galicia 7-3-96, Rec 84/96 ; TSJ Valladolid 26-5-98, EDJ 23576 ; TSJ Cataluña 6-10-99, EDJ 37859 ; TSJ La Rioja 24-5-01, Rec 91/01 ).

#### 8296 Sentencia

(LRJS art.97 s.)

La sentencia debe cumplir los requisitos que se fijan para el procedimiento ordinario, debiendo dictarse en el plazo de 5 días hábiles, y notificarse a las partes o a sus representantes dentro de los 2 días siguientes. La sentencia debe estar motivada y ser congruente con la petición de las partes.

Si la **sentencia** es **estimatoria**, se declara el derecho del trabajador a ostentar la categoría profesional reclamada, el ascenso a dicha categoría -actualmente grupo profesional- y, en su caso, la obligación empresarial de activar el procedimiento convencional o empresarial para la cobertura de vacantes con cuantas consecuencias económicas y profesionales deriven de dicha declaración.

Se condena también a la empresa a abonar al trabajador las **diferencias retributivas** que pudieran existir entre el grupo reconocido y el ostentado formalmente por el trabajador -salvo que algunas cantidades estén prescritas y se hubiese alegado la excepción-, si se reclamaron en la demanda.

La **sentencia** ha de ser **desestimatoria**, absolviendo al empresario de los pedimentos de la demanda, si no se acredita la realización de todas las funciones que correspondan a la categoría o al grupo profesional pretendido, si no se tiene titulación, siendo esta un requisito constitutivo para el desempeño de la profesión o exigido por la norma convencional para el ascenso y cuando no se desempeñen funciones desde el inicio de la relación laboral, existiendo obstáculo convencional para el ascenso, o no se hayan realizado en los plazos previstos ( ET art.39.2 ).

La sentencia produce **efectos «ex tunc»**, desde el momento de la primera reclamación a la empresa, tanto en la conciliación administrativa, como desde un momento anterior.

#### 8297 Recursos

(LRJS art.137)

Una de las características de la modalidad procesal de clasificación profesional ha sido la **irrecurribilidad** de su sentencia: la sentencia que dicta el juzgado de lo social es firme, con fuerza de cosa juzgada, y no puede ser recurrida en suplicación por carecer los tribunales superiores de justicia de competencia funcional para ello. No obstante cabe plantear recurso cuando las **diferencias salariales reclamadas** alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación, esto es 3.000 euros ( LRJS art.191.2.g ; TS 26-10-15, EDJ 199572 ; 3-2-16, EDJ 13125 ).

Cuestión distinta es que el procedimiento seguido hubiera sido o **no el adecuado**, que puede ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional ante el cual se plantea el recurso ( TS 22-6-10, EDJ 153359 ).

La imposibilidad de recurso se predica también de las controversias sobre la **fecha de efectos** de una clasificación profesional reconocida, puesto que se trata de un proceso absolutamente ligado al de clasificación profesional y que le complementa ( TS 17-1-00, EDJ 117 ).

Todo lo dicho sobre la irrecorribilidad de la sentencia de instancia recaída en un procedimiento de clasificación profesional no obsta a la posibilidad de promover un **incidente de nulidad de actuaciones** (por falta esencial del procedimiento o defecto de competencia del juzgado), interponer un recurso de revisión o acudir a la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional, siempre que concurren las circunstancias concretas para ello.

## 8298 Ejecución

La sentencia que recaiga en el proceso de clasificación profesional es meramente declarativa, pues en virtud de esta el trabajador únicamente pretende el **reconocimiento de la pertenencia al grupo profesional** correspondiente a las funciones efectivamente desarrolladas. Ello conlleva que el pronunciamiento del órgano judicial al respecto no sea susceptible de ejecución. Sí lo será, por el contrario, la eventual condena al abono de **diferencias salariales** por la realización de trabajos de superior grupo o la condena de convocatoria del procedimiento previsto en el convenio colectivo para la cobertura de vacante.

## I. Procesos en materia de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensión contractual y reducción de jornada

(LRJS art.138; ET art.40 , 41 y 47 )

8305	1. Movilidad geográfica	8311
	2. Modificación sustancial	8316
	3. Suspensión del contrato y reducción de jornada	8322

8306 La LRJS regula, entre las modalidades procesales, el proceso sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Aun tratándose de una única modalidad procesal, en la misma se incluyen varias regulaciones sustantivas diferenciadas y reguladas en el ET.

En todos los supuestos se trata de un **procedimiento urgente** ( LRJS art.138.5 ), debiendo señalarse la vista en el plazo de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda, que habrá de dictarse en el plazo de 5 días. A ello ha de añadirse la **ejecutividad** inmediata de la sentencia, contra la que no cabe interponer recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica ( ET art.40.2 ), en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo ( ET art.41.4 ), y en las suspensiones y reducciones de jornada ( ET art.47 ) que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el ET art.51.1 .

## 8307 Objeto

(LRJS art.138)

El objeto del proceso es la impugnación de la decisión del empresario de:

- **traslado** de trabajadores a un centro de trabajo siempre que exija cambio de residencia ( ET art.40 );
- **desplazamientos temporales** de trabajadores cuya duración exceda de 12 meses en un periodo de 3 años que exijan residir en población distinta de su domicilio habitual; de esta regla se infiere que todo desplazamiento de más de un año es considerado traslado y también el último de los desplazamientos cuya duración, sumada a los anteriores habidos en los 3 años precedentes, supere los 12 meses ( ET art.40 );
- **modificación sustancial de las condiciones de trabajo** reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos -salvo las establecidas en los convenios colectivos estatutarios- o disfrutadas por estos en virtud de una decisión empresarial unilateral de efectos colectivos ( ET art.41 );
- **suspensión del contrato** por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor ( ET art.47 );
- **reducción de la jornada de trabajo** por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ( ET art.47 ).

La exigencia de acudir a esta modalidad procesal ya no viene determinada por el hecho de que el empresario en la adopción de la medida de que se trate hubiera actuado conforme las exigencias formales impuestas legalmente. Por tanto, fuera cual fuera la forma empleada por el empresario para adoptar su decisión, producida esta, su **impugnación individual** se ha de llevar a cabo conforme a esta modalidad procesal específica. Ahora bien, cuando la medida tenga naturaleza colectiva, por superar los umbrales numéricos legalmente establecidos, habrá de impugnarse por el procedimiento de conflicto colectivo (nº 8435 ).



## 8309 Demanda

En todos los supuestos antes señalados, la demanda debe contener los siguientes datos:

a) Una referencia detallada a las **condiciones de trabajo** que han sido modificadas, indicando la situación previa y posterior a la decisión empresarial de modificación.

b) Fecha de **notificación de la modificación** adoptada y forma de la misma.

c) De entenderse que la modificación ha causado **perjuicios** al trabajador, se deben identificar y cuantificar a efectos de su reparación.

d) Dado que el trabajador demandante con la impugnación solicita ser repuesto en la situación anterior a la modificación operada, resulta de gran importancia la redacción del **suplico**, en el que han de incluirse las siguientes solicitudes:

- la **nulidad de la decisión empresarial** cuando se considere adoptada en fraude de ley, cuando se hubieran eludido las normas relativas al periodo de consultas establecido legalmente ( ET art.40.2, art.41 y art.47 ), cuando se hubieran vulnerado derechos fundamentales del trabajador y cuando concurriera en la persona del trabajador alguna de las circunstancias derivadas de su vida personal o familiar ( LRJS art.108.2 );

- el **reconocimiento de la falta de justificación** de la decisión adoptada cuando no concurrieran las causas invocadas por el empresario para llevarla a cabo.

En todo caso, el trabajador demandante ha de solicitar una **declaración de condena** interesando que el trabajador sea repuesto en las condiciones de trabajo que disfrutaba antes de la modificación adoptada y que sea reparado en los perjuicios causados como consecuencia de la implantación de la medida adoptada.

## 8310 Especialidades frente al proceso ordinario

Se establecen las siguientes especialidades:

a) Se trata de un **procedimiento urgente y sumario** ( LRJS art.138.5 ). La demanda ha de interponerse en el **plazo** de los 20 días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes. Al igual que en la acción de despido, se trata de un plazo de caducidad, y dado el carácter urgente, no es necesaria la **vía previa** de conciliación o de mediación ( LRJS art.64.1 ).

b) No cabe **acumulación de acciones** en el mismo juicio ( LRJS art.26.1 ).

c) La **legitimación pasiva** la ostenta, en todo caso, el empresario. Sin embargo, si con la impugnación de la decisión empresarial se pudiera ver afectada, por discutirse, la prioridad de permanencia de otros trabajadores, representantes ( ET art.40.4 ), estos han de ser también demandados ( LRJS art.138.2 ). Igualmente deben ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo, la medida cuente con la conformidad de aquellos.

### Precisiones

Si estamos ante **movilidad geográfica no sustancial**, por no requerir cambio de residencia, como ya se ha indicado, la acción habrá de seguirse por el procedimiento ordinario y estaría sujeta al plazo general de prescripción de un año ( ET art.59.4 ; LRJS art.138 ). El plazo de caducidad está establecido exclusivamente para los casos de movilidad geográfica del ET art.40 y de modificaciones sustanciales de las condiciones del contrato de trabajo ( ET art.41 ), por lo que es claro que las acciones frente a los supuestos de movilidad geográfica no sustancial o débil no están sujetas al plazo de caducidad alguno y sí solo al general de prescripción de un año establecido para todas las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial ( ET art.59.1 ; TS 16-4-03, EDJ 29875 ).

### 1. Proceso sobre movilidad geográfica

8311 La interposición de la **acción individual** frente a la decisión empresarial de movilidad geográfica se tramita siguiendo el procedimiento especial ( LRJS art.138 ) incluso cuando el trabajador considere que se han vulnerado derechos fundamentales, incluido el derecho a no ser discriminado, o libertades públicas ( LRJS art.184 ). Debe tenerse en cuenta, además, que la norma establece expresamente que cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, estos también deben ser demandados.

Cuando la orden empresarial **no** implique un **cambio de residencia** del trabajador, la impugnación de estas medidas se realiza, en su caso, a través del procedimiento ordinario ( TS 3-4-07, EDJ 29037 ; 18-3-03, EDJ 7162 ).

Si nos encontramos ante un **traslado plural o colectivo** cabe tanto la vía del conflicto colectivo ( nº 8435 ) cuanto del procedimiento individual de movilidad geográfica. En este último caso, si una vez iniciado el proceso se plantease

demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual. No obstante, el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores una vez iniciado el proceso no interrumpe la continuación del procedimiento.

Cuando en lugar de un traslado, nos encontremos ante una decisión empresarial de desplazamiento, el proceso que procede es, sin más el especial ( LRJS art.138 ).

#### 8314 Efectos de la sentencia

En caso de estimar la demanda que han quedado **acreditadas las razones** para la movilidad geográfica, se confirmaría la decisión empresarial y reconocerá, si el trabajador se viera perjudicado por la decisión empresarial, el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo concediéndole al efecto el plazo de 15 días. En cambio, si la sentencia estima **injustificado el traslado o desplazamiento**, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado a su centro de trabajo de origen, del que posiblemente haya sido movilizad o pues no hemos de olvidar la ejecutividad de traslado, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial le hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.

En caso de que se superen **los umbrales numéricos** para la consideración del traslado colectivo ( ET art.40 ) sin que la medida se haya adoptado con el preceptivo periodo de consultas, o el traslado se estime discriminatorio, la sentencia declarará **nula** la decisión empresarial.

En caso de declaración de **nulidad del traslado** o habiendo entendido que el mismo era injustificado, si el empresario no procede a reincorporarlo en el lugar de origen o de realizarse de forma irregular, el trabajador puede pedir la ejecución de la sentencia a través de un proceso similar al del incidente de no readmisión en los despidos, pudiendo, en último término solicitar la extinción indemnizada ( ET art.50 ; LRJS art.279 , 280 y 281 ).

Contra la sentencia, que es firme desde que se dicta, no cabe **recurso** salvo por tratarse de movilidad geográfica colectiva o por tener cabida en los supuestos previstos en la LRJS art.191.3 .

## 2. Proceso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo

(LRJS art.138)

8316 En la impugnación por parte de los trabajadores de la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo resulta fundamental determinar si estamos ante una modificación individual o colectiva ( ET art.41 y 82.3 ).

#### 8317 Supuestos

En base a los umbrales numéricos de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, las modificaciones de condiciones de trabajo pueden ser individuales o colectivas:

**a) Las modificaciones** sustanciales de las condiciones de trabajo **individuales** pueden afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos (no convenios colectivos estatutarios) o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (nº 8318 ).

**b) La modificación es colectiva** si, en un período de 90 días, afecta al menos a: 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, o, finalmente, 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores. En estos casos, la decisión empresarial ha de venir precedida por un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores que, de omitirse, determinaría la nulidad de la decisión empresarial.

8318 Ante **modificaciones individuales**, el procedimiento de impugnación debe ser el especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo ( LRJS art.138 ) correspondiendo el de conflicto colectivo (nº 8435 ) cuando la modificación sea colectiva.

La exigencia de acudir a la modalidad procesal especial se exige fuera cual fuera la forma empleada por el empresario para adoptar su decisión.

#### Precisiones

**1)** Cuando se trate de condiciones recogidas en un **convenio colectivo estatutario**, la modificación debe llevarse a cabo a través del cauce establecido para el descuelgue de condiciones de trabajo (ET art.82.3) , debiendo acudir al procedimiento de conflicto colectivo para su impugnación (nº 8435 ).

**2)** Con la **LPL/95**, el procedimiento a seguir debía ser el ordinario cuando no se hubieran respetado los requisitos formales del ET art.41 ( TS 4-10-04, EDJ 174303 ; 15-3-05, EDJ 40743 ). Si la empresa no seguía el procedimiento legalmente establecido para las modificaciones sustanciales no se aplicaban las especialidades procesales previstas

en la LPL/95 art.138 (ni sería de aplicación el plazo de caducidad de 20 días), debiendo interponerse demanda por el cauce del procedimiento ordinario (plazo de prescripción de un año).

Con la LRJS se da una nueva redacción al art.138 en virtud de la cual el proceso se inicia por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento del ET art.40 , 41 y 47 .

### 8319 Especialidades en su tramitación respecto al proceso ordinario

El procedimiento para impugnar la decisión empresarial de modificación individual de condiciones de trabajo es el mismo a seguir que en los supuestos de movilidad geográfica (nº 8311 ) con las especialidades que ya se han señalado:

- la **demanda** ha de interponerse en el plazo de los 20 días siguientes a la notificación de la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones individual o colectiva ( TS 28-4-97, EDJ 3654 ), siendo el plazo, al igual que en la acción de despido, de caducidad;
- dado su carácter urgente no es necesaria la **vía previa** de conciliación ( LRJS art.64.1 );
- no cabe la **acumulación de acciones** en el mismo juicio ( LRJS art.26 ).

### 8320 Efectos de la sentencia

En caso de que la demanda estime que han quedado **acreditadas las razones** para la modificación de condiciones, se confirmaría la decisión empresarial, ejecutiva en su momento, y reconocerá, en caso de que el trabajador se hubiera visto perjudicado ( ET art.41 ), el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo concediéndole al efecto el plazo de 15 días.

La sentencia que declare **injustificada la medida** reconoce el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.

En caso de que el juez haya estimado que la modificación sustancial era injustificada, si el **empresario no procede a reincorporarlo** en sus anteriores condiciones o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el juzgado de lo social y la extinción del contrato ( ET art.50 ; LRJS art.138 , 277 , 278 y 279 ).

El juez podría entender **nula la decisión empresarial** cuando la misma se haya dictado en fraude de ley, por no observarse el procedimiento establecido para la modificación colectiva pese a su procedencia. La calificación de nulidad determina la carencia de efectos de la decisión. Su ejecución se efectuará en sus propios términos ( LRJS art.138.9 ), salvo que el trabajador inste la ejecución prevista para los supuestos de medida injustificada ( LRJS art.138.8 ), esto es, se da al trabajador la opción entre readmisión o indemnización.

Cabría asimismo, que la declaración de nulidad viniese determinada por apreciar el juez la existencia de **móvil discriminatorio** en la decisión empresarial, supuestos en los que la acción se tramitará también por la vía del art.138 LRJS pudiendo reconocerse al trabajador, en este caso, una indemnización adicional ( LRJS art.183 y 184 ).

### 8321 Recursos

Contra la sentencia, que es firme desde que se dicta, no cabe recurso salvo por tratarse de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que tengan carácter colectivo de acuerdo con el ET art.41.4 o por tener cabida en los supuestos de acceso al recurso de suplicación ( LRJS art.191.3 ). Asimismo, procede el recurso de suplicación cuando a la impugnación de la modificación sustancial de carácter individual se acumula una reclamación de daños y perjuicios que excede de 3.000 euros ( TS 10-3-16, EDJ 45061 ).

Finalmente, es necesario señalar, que **en situaciones de concurso**, el juez de lo mercantil tendrá la competencia para conocer los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo ( LCon art.44.4 y 64 ), siendo la resolución del juez del concurso recurrible en suplicación ante la jurisdicción social ( LCon art.64.8 ; LRJS art.191.4.b ), a diferencia de lo que ocurre con las empresas que no se encuentran en esta situación.

## 3. Proceso sobre suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor

(ET art.47)

8322 El contrato de trabajo puede ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido para el despido colectivo ( ET art.51 ) y en sus normas de desarrollo, con las siguientes **especialidades**:

- a) El procedimiento** es aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión.

**b)** La **duración del período de consultas**, se reduce a 15 días.

**c)** Respecto de las **causas económicas**, se entiende que la disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas es persistente si durante dos trimestres consecutivos es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

**d)** La adopción de la medida no genera derecho a **indemnización** alguna.

En cuanto a la **reducción de jornada**, la jornada de trabajo puede reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entiende por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

#### 8324 Impugnación de la decisión empresarial de suspensión o reducción

(RD 1483/2012 art.24; LRJS art.138)

La medida empresarial de suspensión o reducción temporal de jornada puede ser objeto de impugnación por diferentes **vías**:

- impugnación por la autoridad laboral a través del **procedimiento de oficio** ( LRJS art.148.b );
- impugnación por los representantes de los trabajadores mediante **conflicto colectivo** (nº 8435 ) si se suspenden o reducen jornadas en contratos por encima de los umbrales numéricos establecidos para los despidos colectivos ( ET art.51 );
- impugnación **individual**: en los mismos términos y con las especialidades ya analizados en los supuestos de movilidad geográfica (nº 8311 ) y modificación sustancial de condiciones de trabajo (nº 8319 ).

Estas diferentes vías de reacción obedecen a que el tratamiento procedimental durante el **período de consultas** es similar al de los despidos colectivos, de forma que la impugnación de la decisión empresarial se lleva a cabo de forma global y si se superan los umbrales numéricos a través de la vía de conflicto colectivo. El trabajador a nivel individual tanto se superen o no los citados umbrales, puede impugnar la decisión empresarial por el cauce procedimental de la LRJS art.138 . No obstante, si quien impugna la decisión empresarial es la autoridad laboral debe acudir al procedimiento de oficio.

#### 8327 Recursos

Contra la sentencia, que es firme desde que se dicta, no cabe recurso salvo por tratarse de reducciones de jornada de carácter colectivo ( ET art.41.4 ) o por tener cabida en los supuestos previstos para el recurso de suplicación ( LRJS art.191.3 ).

### J. Proceso para el ejercicio de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

(LRJS art.139)

**8335** Deben tramitarse con arreglo a esta **modalidad procesal especial** las controversias que surjan en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral reconocidos a los trabajadores. No existe a nivel legal una catalogación precisa de estos **derechos**, pero pueden incluirse entre ellos los siguientes:

- a)** Suspensiones contractuales por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento ( ET art.45.1.d y 48.4 ), paternidad ( ET art.48.7 ), riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural ( ET art.48.4 ; LPRL art.26 ).
- b)** Reducciones de jornada por cuidado de hijo o familiares ( ET art.37.6 ) o por hijos prematuros que requieren hospitalización ( ET art.37.5 ).
- c)** Excedencias por cuidado de hijos o familiares ( ET art.46.3 ).
- d)** Permisos por lactancia ( ET art.37.4 ), nacimiento de hijo ( ET art.37.3.b ), hijos prematuros que requieren hospitalización ( ET art.37.5 ), realización de exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto y para obtener el informe de idoneidad exigido para las adopciones con fines de adopción y acogimientos ( ET art.37.3.f ).
- e)** Permisos por fallecimiento, hospitalización, accidente o enfermedad grave de parientes ( ET art.37.3.b ).
- f)** Adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (ET art.34.8 ; TSJ Asturias 17-10-08, EDJ 207765 ).
- g)** Traslado para la reagrupación familiar de cónyuges que trabajen en la misma empresa cuando uno sea trasladado y haya puesto de trabajo para el otro ( ET art.40.3 ).
- h)** Adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora embarazada para la protección de la salud del feto ( LPRL art.26.1 ) o del lactante ( LPRL art.26.4 ).

i) Derechos reconocidos a las trabajadoras víctimas de violencia de género ( ET art.45.1.n, 48.10 ).

j) Derechos relativos a la vida personal del trabajador: permiso por matrimonio, traslado de vivienda habitual o cumplimiento de deber público y personal.

8336 Por otra parte, la norma se refiere tanto a derechos legales como a aquellos que se reconocen a través de la **negociación colectiva**. Y tienen cabida en este procedimiento aquellas cuestiones relativas al «ejercicio», en cuanto condiciones de disfrute. Quedan **excluidos**, pues, asuntos relativos a determinación o existencia del derecho, preferencias entre trabajadores o cualquier otra reclamación que verse sobre la aplicación de estos derechos pero no se conecte específicamente con el ejercicio de los mismos: retribución a percibir durante el disfrute del permiso de lactancia o la reducción de jornada ( TS 11-2-10, EDJ 12569 ) o condiciones de reincorporación a la jornada ordinaria tras el disfrute de una reducción por motivos familiares ( TSJ Madrid 14-5-10, EDJ 115954 ).

#### 8338 Especialidades frente al proceso ordinario

Los rasgos diferenciadores de este proceso especial están limitados a unos aspectos muy concretos, habiendo de estarse para todos los demás requisitos de tramitación a las normas del proceso ordinario (nº 7651 s. ).

#### 8339 Carácter urgente y preferente del procedimiento

Se otorga a este procedimiento un carácter preferente, que implica una **prioridad** en el reparto, celebración del juicio y fallo de estos asuntos, salvando aquellos procedimientos que gozan legalmente de prioridad absoluta: conflicto colectivo (nº 8435 s. ) y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (nº 8490 s. ).

La **urgencia** se manifiesta en el acortamiento de los plazos de tramitación (nº 8342 ), la evitación de la conciliación previa ( LRJS art.64.1 ) y la limitación de recursos frente a la sentencia (nº 8348 ).

#### 8342 Demanda

La **legitimación activa** para iniciar el proceso corresponde al trabajador. Para presentar la demanda dispone de un **plazo** de 20 días a partir de que el empresario le comunique su negativa o disconformidad con las condiciones de ejercicio del derecho propuestas por él. Es un plazo de caducidad ( JS Castellón núm 1 13-3-01 ; JS Barcelona núm. 1 9-1-02, EDJ 119446 ; TSJ Cataluña 17-2-06, EDJ 266607 ); sin embargo, no parece que el mero transcurso de este plazo sin impugnación impida cualquier reclamación posterior sobre el ejercicio del derecho, ya que bastaría cualquier alteración de las circunstancias familiares o de trabajo para que se reabra el plazo de ejercicio de la acción ( TS 19-7-12, EDJ 206757 ).

El mes de **agosto** se considera hábil, a efectos de la presentación de la demanda (JS Madrid núm 25 16-10-00, DSI/107/00).

#### 8344 Procedimiento

Como consecuencia del carácter urgente de este proceso, el **acto de la vista** ha de señalarse dentro de los 5 días siguientes al de admisión de la demanda.

Las **partes**, trabajador y empresario, deben acudir a la conciliación judicial y al acto del juicio con sus respectivas propuestas y alternativas sobre el disfrute del derecho de que se trate, que podrán acompañar, en su caso, de informes de órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa. El juez emite, en estos procedimientos, un **fallo de equidad**, por lo que se trata de proporcionar a este elementos para ponderar y valorar adecuadamente los intereses en juego y las posiciones de las partes. Por ello, el empresario deberá acreditar las razones organizativas o productivas que justifican su negativa a la solicitud del trabajador. El trabajador, por su parte, ha de probar sus circunstancias familiares ( TSJ Madrid 16-5-12, EDJ 101683 ), pero parece conveniente que aporte igualmente las razones concretas que apoyan su pretensión (horarios incompatibles con el cónyuge, imposibilidad de que otros familiares cercanos se hagan cargo de los hijos, etc.).

#### Precisiones

1) Las reclamaciones sobre el ejercicio de estos derechos de conciliación deben tramitarse inexcusablemente con arreglo a esta modalidad procesal especial por lo que, si el trabajador invoca la **vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas**, las pretensiones de tutela de estos derechos y, en particular, el reconocimiento de posibles indemnizaciones, quedarán acumulados a este proceso especial ( LRJS art.26.2 y 184 ).  
2) El trabajador puede acumular a su pretensión la **acción por daños y perjuicios** como consecuencia de la negativa empresarial o de la demora en la efectividad de la medida. El empresario puede exonerarse si hubiera dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

#### 8346 Sentencia

La sentencia debe ser dictada en el **plazo** de 3 días desde el acto del juicio. Tratándose de una decisión de equidad, cabe reconocer al juez una cierta facultad moderadora, de forma que podría llegar a acordar unas condiciones de disfrute que no coincidan exactamente ni con la propuesta del trabajador ni con la alternativa empresarial, siempre respetando los límites de congruencia de la sentencia y sin otorgar nada distinto de lo solicitado.

#### 8348 Recursos

La sentencia es firme, por lo que no cabe recurso con **excepción** de aquellos supuestos en los que se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudieran dar lugar a plantear el recurso de suplicación ( LRJS art.191.2.f ).

Igualmente, cabe recurso cuando el mismo tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento ( TSJ Sevilla 14-3-12, EDJ 75702 ) o para combatir la competencia del órgano que dictó la resolución, en cuyo caso la sentencia resolverá solo sobre el defecto procesal invocado ( LRJS art.191.3.d ).

### K. Procesos en materia de prestaciones de Seguridad Social

(LRJS art.71 y 140 a 147 )

**8350** La materia que debe tramitarse por este procedimiento especial comprende toda la litigiosidad que deriva del reconocimiento de las prestaciones a los beneficiarios del sistema. Es pleito de Seguridad Social aquel en el que la controversia dimana de normas de Seguridad Social, hace relación a prestaciones de Seguridad Social, nacidas, precisamente, en la esfera de la relación pública de la Seguridad Social, y afecta a los elementos individuales de esta relación ( TS 1-9-99, EDJ 29898 ; TSJ País Vasco 13-6-00, EDJ 33496 ). No solamente se incluyen los litigios relativos al reconocimiento de prestaciones, sino todas sus vicisitudes, como pueden ser la modificación, las formas de pago, el reintegro, la suspensión, la extinción, incluso por sanción, etc.

El procedimiento especial en materia de prestaciones de Seguridad Social presenta una **modalidad general** (nº 8355 ) y **especialidades** en las siguientes materias:

- contingencias profesionales (nº 8395 );
- revisión de actos de las entidades gestoras (nº 8405 );
- abuso de la contratación temporal y prestaciones por desempleo (nº 8414 );
- impugnación de altas médicas (nº 8423 ).

#### 8352 Reclamación administrativa previa

Como requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social los interesados deben interponer reclamación previa ante la entidad gestora de las mismas.

**Se exceptúan** los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitida por los órganos competentes de las entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación de incapacidad temporal (nº 8423 ).

La reclamación administrativa previa **debe interponerse** por escrito ante el órgano que dictó resolución sobre la solicitud inicial del interesado. Si la resolución, expresa o presunta, ha sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa debe interponerse ante la propia entidad colaboradora si tuviera atribuida la competencia para resolver o, en otro caso, ante el órgano correspondiente de la entidad gestora u organismo público gestor de la prestación.

El **plazo** para interponer la reclamación previa es de 30 días, computado desde la notificación de la resolución que se vaya a impugnar. Si la resolución se presume producida por silencio administrativo, el plazo se computa desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo.

La presentación de la reclamación interrumpe los plazos de **prescripción** y suspende los de **caducidad** reanudándose, estos últimos, al día siguiente a la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada por silencio.

La Administración debe **contestar** expresamente en el plazo de 45 días; en caso contrario, se entiende denegada la petición por silencio administrativo.

La **demanda** ha de presentarse dentro del plazo de 30 días desde la notificación de la resolución de la reclamación previa, o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo.

Con la demanda hay que acompañar la documentación justificativa de haber **agotado la vía administrativa previa**, cuando proceda, o bien hacer expresa alegación de no ser necesario este trámite. Si, siendo necesario, no se acredita correctamente el agotamiento de la vía administrativa previa, el letrado de la Administración de Justicia debe requerir la **subsanción** a la parte demandante, concediendo a estos efectos un plazo de 4 días. Si se realiza la subsanción la demanda se admite a trámite; en caso contrario, el letrado de la Administración de Justicia da cuenta al órgano judicial para que sea este el que, si así procede, decreta su inadmisión mediante auto (LRJS art.140.2 y 151.4 ).

#### Precisiones

1) En el caso de que el interesado no interponga la demanda subsiguiente a la desestimación de la reclamación administrativa previa en el plazo previsto legalmente, solamente por ello no pierde derecho alguno, produce la **caducidad de la instancia** ( TS 3-3-99, EDJ 1752 ; 25-9-03, EDJ 116080 ). El interesado ya no puede presentar válidamente su demanda, sino que necesita reabrir la instancia mediante una nueva reclamación administrativa previa, en tanto en cuanto su derecho no haya prescrito o su acción no haya caducado, sin necesidad de una nueva solicitud ( TS 3-3-15, EDJ 45759 ).

2) Las partes no pueden introducir en el proceso **variaciones sustanciales** de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueron objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad ( LRJS art.72 ).

#### 1. Procedimiento

(LRJS art.71 a 73 y 140 a 147 )

8355 El proceso de Seguridad Social se configura como una modalidad procesal declarativa caracterizada por la especialidad de su **objeto**, que incluye aquellas pretensiones que versen sobre prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, responsabilidades de los empresarios o terceros respecto de prestaciones de Seguridad Social y las relativas a valoración, reconocimiento, calificación y revisión del grado de discapacidad y de las prestaciones de la situación de dependencia, así como de aquellas pretensiones previstas en el art.2.b) LRJS cuando la acción se acumulara a otra relativa a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales o el proceso se acumulara a otro de Seguridad Social ( LRJS art.2.o ).

Es decir, aquellas acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente y se acumulen a acciones y procesos sobre prestaciones de Seguridad Social.

#### Precisiones

Si bien, aunque las prestaciones derivadas de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las **personas en situación de dependencia** tienen, a efectos de la LRJS, la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social, la atribución competencial al Orden Social de la competencia relativa a estas prestaciones y sus trámites previos (como el reconocimiento del grado de dependencia) no entrará en vigor hasta que así se disponga en el futuro en una nueva Ley (LRJS disp.final 7ª.2), debiendo entenderse por tanto que hasta entonces la competencia está atribuida al orden contencioso-administrativo ( TS 17-9-13, EDJ 284601 ; 17-3-14, EDJ 48252 ; 8-7-15, EDJ 144496 ; 2-11-15, EDJ 259275 ).

8357 **Especialidades respecto del proceso ordinario**

Básicamente, las especialidades en la regulación de estos procesos se concreta en:

- a) Necesidad de interponer **reclamación administrativa previa** antes de iniciar el proceso judicial (nº 8355 ), salvo en determinados supuestos de impugnación de altas médicas (nº 8423 ).
- b) Una serie de normas puntuales relativas a: la personación de las entidades gestoras (nº 8378 ); remisión del expediente administrativo (nº 8383 ) y las consecuencias y responsabilidades originadas por la falta de remisión (nº 8388 ).
- c) Normas especiales sobre la **revisión de los actos firmes declarativos de derechos** dictados por las entidades gestoras de la Seguridad Social o el ente gestor de la prestación por desempleo (nº 8425 ).
- d) Procedimiento para la determinación de **responsabilidad empresarial** en el pago de prestaciones por desempleo a consecuencia del uso abusivo y fraudulento de la contratación temporal (nº 8414 ).

Con carácter general, se **incluyen en el objeto** del procedimiento de la Seguridad Social las pretensiones planteadas contra las entidades gestoras de la Seguridad Social y/o contra las entidades colaboradoras de la Seguridad Social relativas a la acción protectora de la Seguridad Social, entre ellas:

**a)** Las pretensiones relativas al **reconocimiento, modificación, suspensión o extinción de las prestaciones** de Seguridad Social, ya sean servidas en especie o sean económicas, entre las que se incluyen las prestaciones periódicas (pensiones y subsidios) o las indemnizaciones a tanto alzado, y que comprenden:

1. El **derecho a la asistencia sanitaria**, en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no de trabajo y la **recuperación profesional**.

2. Las **prestaciones económicas** en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante la lactancia natural; riesgo durante el embarazo; cuidados de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación en sus modalidades contributiva y no contributiva; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen para contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministerio Empleo y Seguridad Social.

3. Las prestaciones de **desempleo**, en sus modalidades contributivas y no contributivas, así como las prestaciones económicas por **cese total o parcial de la actividad** como trabajador por cuenta propia.

**b)** Las pretensiones relativas a la calificación y revisión del grado de **incapacidad permanente** contributiva y del grado de minusvalía ( RD 1971/1999 ).

**c)** Las pretensiones relativas a la **calificación de las contingencias**, determinando si las lesiones o el fallecimiento que causan una prestación de Seguridad Social derivan de accidente de trabajo, accidente no laboral, enfermedad profesional, o enfermedad común.

**d)** Las pretensiones relativas a resoluciones de **revisión de oficio** de actos declarativos de Seguridad Social a consecuencia de rectificación de errores materiales, de hecho y aritméticos, así como las derivadas de las omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

**e)** Las pretensiones relativas a la **revalorización** de pensiones, reconocimiento, denegación, modificación o extinción de **complementos por mínimos** de pensiones, aplicación de **topes** máximos de pensiones y declaraciones de **incompatibilidad** de prestaciones.

**f)** Las pretensiones relativas a la **devolución y reintegro** de prestaciones indebidamente percibidas.

**g)** Las pretensiones relativas a la determinación de **responsabilidad en orden a las prestaciones** de Seguridad Social y a las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

**h)** Las pretensiones relacionadas con actos de las entidades gestoras de la Seguridad Social en **aplicación de las normas internacionales** de Seguridad Social, ya sean los reglamentos comunitarios de coordinación, como los tratados internacionales, convenios multilaterales o bilaterales de Seguridad Social.

**i)** Las pretensiones relativas a la **gestión** de las prestaciones efectuadas por las **entidades colaboradoras** de la Seguridad Social, ya sean mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresas colaboradoras de la Seguridad Social.

**j)** Las pretensiones relativas a los actos de gestión de las mutuas colaboradoras con las Seguridad Social de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

**k)** Las pretensiones relativas a los **actos de gestión prestacional** de la Seguridad Social como la pertinencia del concepto de gastos de tramitación del expediente de reconocimiento de la pensión de jubilación en colectivos integrados en la Seguridad Social ( TS 11-11-03, EDJ 202123 ).

**l)** Las pretensiones relativas a reclamaciones de **reaseguro de accidentes de trabajo** ( TS 6-5-05, EDJ 3250 ).

**m)** Las pretensiones relativas a la imposición del **recargo en las prestaciones** de Seguridad Social por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene ( LGSS art.164 ).

**n)** Las pretensiones en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en **accidentes de trabajo o enfermedades profesionales**, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente, siempre que se acumulen a otras acciones en procesos de Seguridad Social.

**ñ)** Las pretensiones en relación con la aplicación de los sistemas de **mejoras de la acción protectora** de la Seguridad Social que supongan complemento de prestaciones o de las indemnizaciones en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que puedan establecer los empresarios directamente o a través de terceros así



como aquellas que puedan establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario, siempre que se acumulen a otras acciones en procesos de Seguridad Social.

**8362** En materia de **prestaciones por desempleo** se incluyen, además:

**a)** Las pretensiones relativas al reconocimiento de la prestación de desempleo en la **modalidad de pago único** como medida de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo.

**b)** Las pretensiones relativas al reconocimiento, modificación, suspensión, extinción de las **prestaciones y subsidios de desempleo a favor de los trabajadores eventuales agrarios**.

**8365** En materia de valoración, reconocimiento y calificación del **grado de discapacidad**, están **incluidos** en el proceso de Seguridad Social las pretensiones relativas de la actuación de los órganos de las comunidades autónomas y del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales ( RD 1971/1999 ).

#### Precisiones

A este respecto se ha señalado que cuando la calificación del grado de discapacidad constituye el presupuesto esencial para el **reconocimiento de una pensión no contributiva** de invalidez, la competencia para decidir sobre tal calificación de grado se reside en los tribunales laborales. Debe tenerse en cuenta además que de las muy diversas consecuencias que se derivan para el interesado del reconocimiento de un determinado porcentaje de minusvalía, puede afirmarse que la concesión de una prestación no contributiva de invalidez es, con diferencia, la consecuencia más importante y trascendente. De ahí que, aún cuando no se formule de forma explícita por el solicitante la pretensión de que le sea reconocida una pensión no contributiva, se siga manteniendo la referida asignación de **competencia del orden social de la jurisdicción** ( TS 29-11-02, EDJ 61457 ). No puede olvidarse que en numerosos casos existirá la posibilidad de obtenerla posteriormente una vez conseguida el grado de minusvalía que se buscaba. Aunque en ciertos casos queda descartada la posibilidad de la obtención posterior de una **pensión no contributiva**, como sucede cuando el solicitante percibe ya una pensión contributiva del Sistema de Seguridad Social ( TS 24-12-01, EDJ 61063 ; 13-5-02, EDJ 27340 ) y también cuando el porcentaje de minusvalía que se pide no alcance el 65% ( LGSS/94 art.144.1.c ). Pero estas especiales situaciones no deben modificar los criterios de asignación de competencia jurisdiccional señalados, toda vez que el problema a resolver es el mismo en unos y otros supuestos (la calificación del porcentaje o grado de minusvalía), y no parece razonable que la solución de un mismo problema o cuestión se resida en dos órdenes jurisdiccionales diferentes; debiendo evitarse, en la medida de lo posible la asignación a dos órdenes distintos del conocimiento de unos mismos asuntos o cuestiones ( TS 29-11-02, EDJ 61457 ).

**8366** **Reclamaciones excluidas**

Quedan excluidas del objeto del proceso de Seguridad Social las siguientes pretensiones:

**a)** La impugnación de **actos administrativos** en materia de Seguridad Social que **no** se refieran a la materia de **prestaciones**. En estos casos ha de estarse a supuestos en los que dichos actos hayan de impugnarse en vía jurisdiccional social ( LRJS art.2.s ) y otros en los que hayan de impugnarse en vía jurisdiccional contencioso-administrativa ( LRJS art.3.f ). Cuando la competencia para impugnar dichos actos administrativos no prestacionales en materia de Seguridad Social corresponda al orden social, el procedimiento que hay que seguirse es el especial de impugnación de actos administrativos (nº 5530 s. ).

**b)** En materia de reclamación de **indemnizaciones** derivadas de **accidentes de trabajo** o enfermedades profesionales distintas a las que constituyen las prestaciones de Seguridad Social y sus recargos.

**c)** No se tramitan por esta modalidad procesal, sino por el procedimiento ordinario, los litigios relativos a **mejoras de las prestaciones** públicas y de la acción protectora de la Seguridad Social, en las cuales no ha de demandarse a las entidades gestoras, sino a la empresa o aseguradora responsable de las mejoras. En dicho caso ha de seguirse el procedimiento ordinario. Así, quedan por tanto excluidas de este procedimiento:

- las cuestiones litigiosas sobre **mejoras de la acción protectora** de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, derivados de un contrato de trabajo o convenio colectivo, aunque estén aseguradas con pólizas mercantiles ( TS 2-6-98, EDJ 8620 ; 15-3-99, EDJ 6076 ), así como las referentes a acciones declarativas sobre créditos derivados de mejoras voluntarias, no aceptados en la lista de acreedores de una suspensión de pagos ( TS 2-6-98, EDJ 8620 ; 8-6-98, EDJ 13876 ; 18-3-99, EDJ 9098 );

- las cuestiones litigiosas sobre **fondos de promoción de empleo** (TS 23-7-90, EDJ 7988; 12-7-99, EDJ 20602 );

- los litigios suscitados entre **asociados y mutualidades** (excepto las establecidas por los colegios profesionales) o entre aquellas y sus beneficiarios, sobre cumplimiento, existencia o declaración de obligaciones específicas y derechos de carácter patrimonial, relacionados tanto con lo fines como las obligaciones propias de aquellas entidades.

Obviamente, no se tramitan por esta modalidad la materia de Seguridad Social que no corresponde al orden social, sino al contencioso-administrativo.

### 8368 Competencia

Corresponde la competencia al juzgado de lo social para conocer en única instancia de los procedimientos especiales en materia de Seguridad Social ( LRJS art.6 ). **Territorialmente** corresponderá la competencia al juzgado de lo social en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, impugnada en el proceso, o el del domicilio del demandante a elección de este ( LRJS art.10.2.a ). El derecho de opción se permite aún cuando la demanda la presente una entidad gestora o el Servicio de Empleo Estatal ( TS 28-1-09, EDJ 19186 ). Si la resolución se dicta en la capital de la provincia, el trabajador puede acudir a los juzgados de dicha capital, aunque tenga su domicilio en un pueblo o ciudad con circunscripción judicial distinta ( TS 13-6-94, EDJ 5310 ).

**El domicilio de las personas físicas** que no tengan su domicilio en España se considerará el del lugar en el que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia ( LEC art.50 ). Los entes sin personalidad jurídica, pueden ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en que desarrollen su actividad; y las personas jurídicas donde se establezca en la ley, o en su defecto en el domicilio de su representación legal o donde ejerzan sus funciones ( LEC art.51 s. ). Así, en el caso de las **mutuas colaboradoras con la Seguridad Social** el domicilio es único: el establecido en sus estatutos y no sus delegaciones ( TSJ C.Valenciana 10-1-08, EDJ 30281 ; TSJ País Vasco 10-6-08, EDJ 230383 ). Asimismo el domicilio es el actual a la hora de presentar la demanda ( TSJ Cataluña 22-7-99 ).

Para la **tramitación del reconocimiento** de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, son competentes los directores provinciales de la provincia en que se presente la correspondiente solicitud, salvo en el supuesto de las prestaciones de incapacidad laboral, en cuyo caso serán competentes los directores provinciales de la provincia en la que tenga su domicilio el interesado ( RD 2583/1996 art.15.3 ).

Los conflictos y cuestiones que se susciten entre los distintos juzgados de lo social deben resolverse conforme a las reglas establecidas legalmente en la norma procesal ( LRJS art.12 a 14 ).

### 8370 Legitimación

(LRJS art.16 y 17 )

En este proceso es importante conocer los diferentes sujetos que pueden intervenir como parte en cuanto a los supuestos de legitimación activa y pasiva.

### 8371 Legitimación activa

Están legitimados:

**a) Los trabajadores y beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social** en tanto titulares de derechos e intereses legítimos en materias propias del procedimiento especial. También ostentan legitimación activa los sucesores de dichos beneficiarios reconociéndose al padre de pensionista fallecido sin descendientes para accionar a favor de la comunidad hereditaria ( TS 21-10-02, EDJ 51533 ); o la viuda para instar proceso judicial en reclamación de la incapacidad permanente de su esposo en trámite en el momento del fallecimiento para que se declare que la contingencia deriva de enfermedad profesional ( TS 23-10-08, EDJ 222490 ).

**b) Los interesados en los procedimientos sobre valoración, calificación y declaración de discapacidad.**

**c) Las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal** en los supuestos de interposición de demanda en la revisión de actos declarativos de derechos o para el reintegro de prestaciones de desempleo por contratación temporal abusiva o fraudulenta.

**d) Las empresas** en los procedimientos de Seguridad Social para actuar en la defensa de sus derechos e intereses cuando hayan sido declaradas responsables en vía administrativa tanto en su condición de responsable principal, como solidario o subsidiario en los siguientes supuestos:

1. De prestaciones por **falta de afiliación, alta y cotización** ( LGSS art.167 ); como consecuencia del incumplimiento por parte de las empresas de las decisiones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la Autoridad laboral en materia de paralización de trabajos cuando no se cumplan las normas de seguridad e higiene ( LGSS art.242 ); o por el incumplimiento de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos del personal empleado en industrias con riesgo específico de enfermedad profesional ( LGSS art.244 ); del pago de las prestaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común hasta el decimoquinto día ( LGSS art.173 ); o en los casos de colaboración de las prestaciones ( LGSS art.102 ); o del pago de la pensión de jubilación parcial ( RD 1131/2002 disp.adic.2ª ).

Se ha reconocido el derecho de la empresa para reclamar sobre el origen de enfermedad profesional de una prestación de viudedad a cuyo abono ha sido declarada responsable ( TS 20-5-09 ). También tiene legitimación activa la empresa

para accionar contra las resoluciones administrativas que declaren responsable subsidiario al empresario del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas ( LGSS art.55 ).

2. De los **recargos de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene** ( LGSS art.164 ).

También pueden accionar los empresarios y empresas para solicitar el reintegro de las prestaciones satisfechas en **pago delegado**.

#### Precisiones

1) Las **empresas** no tienen legitimación activa para instar el reconocimiento de prestaciones a favor de trabajadores o impugnar las resoluciones por las que se reconocen derechos a estos cuando no se les reconozca derecho alguno ( TS 14-10-92, EDJ 9989 ).

2) El empresario carece de legitimación activa para impugnar la **prórroga** en la situación de **incapacidad temporal** ( TSJ Valladolid 1-4-07, Rec 2151/96 ); o para impugnar el grado invalidante reconocido por el INSS aún cuando existiera otra resolución administrativa declarando la responsabilidad de dicha empresa del recargo por falta de medidas de Seguridad Social ( TSJ Cataluña 11-7-02, EDJ 45089 ).

8373 e) Las **mutuas colaboradoras con la Seguridad Social** y empresas colaboradoras en la gestión. Estas entidades colaboradoras de la Seguridad Social únicamente tienen legitimación activa respecto a pretensiones relacionadas con prestaciones por ellas aseguradas:

- impugnación de las resoluciones del INSS sobre incapacidad en las que se declare la responsabilidad de una mutua;

- impugnación de las resoluciones del INSS en las que se declare que una prestación deriva de una determinada contingencia de la que resulte responsable la entidad colaboradora. Se ha reconocido legitimación activa de las mutuas en los procesos de incapacidad temporal consecutivos en los que se determine la contingencia de la que deriva para postular que no se cumplen los requisitos para la obtención de la prestación establecidos en el art.169 LGSS ( TS 15-11-05, EDJ 214103 );

- demandas contra empresas y entidad gestora en orden a la declaración de la responsabilidad empresarial y del Instituto Nacional de la Seguridad Social como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, así como contra otras empresas que se puedan declarar responsables solidarias o subsidiarias;

- demandas para declarar la revisión de sus actos de gestión y/o el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores en materia de prestaciones de Seguridad Social y la responsabilidad subsidiaria de aquellas personas, empresas o entidades que por acción u omisión colaboraron con el beneficiario para la obtención de la prestación indebida;

- demandas para declarar la revisión de sus actos de gestión y/o el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas de la prestación de cese de actividad de los trabajadores autónomos.

En cambio, las **entidades colaboradoras de la Seguridad Social** no ostentan legitimación activa cuando no existe responsabilidad de las mismas en el reconocimiento, gestión, o satisfacción de la prestación.

#### Precisiones

1) Cuando las mutuas interpongan acciones contra la Administración de la Seguridad Social deben constituir **caución o garantía** como consecuencia de las reclamaciones previas y de los recursos que las mismas planteen, tanto en vía administrativa como en vía judicial, contra las resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, y asumir los gastos de cualquier orden que puedan derivarse de la impugnación de tales resoluciones, en ningún caso pueden ser financiados con cargo a recursos que formen parte del patrimonio de la Seguridad Social ( LGSS art.100 ).

2) No se ha reconocido legitimación a la mutua para instar un proceso judicial para impugnar la declaración de **incapacidad permanente** derivada de enfermedad profesional posterior a la OM 2-12-2005 y anterior a la L 51/2007 disp.adic.8ª ( TS 14-7-09, EDJ 217636 ).

8374 **Legitimación pasiva**

La acción debe dirigirse contra todos los posibles responsables principales o subsidiarios, o cualquiera de los responsables solidarios del pago de una prestación. Así se puede presentar la demanda contra:

a) Las **entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social** (INSS, INGESA, IMSERSO) en la gestión de las prestaciones de Seguridad Social, el SEPE como órgano gestor de la prestación por desempleo, así como contra el IMS como órgano gestor de las prestaciones de los trabajadores del mar, y la TGSS como servicio común de la Seguridad Social ( LGSS art.74 ).

En algunos casos se presentan **situaciones consorciales** al compartir responsabilidad algunos de los anteriores entes, tales como:

- en las impugnaciones de altas médicas emitidas por los facultativos de los Servicios Públicos de Salud, pueden compartir responsabilidad el Servicio Público de Salud y el INSS;
- en las impugnaciones de resoluciones al subsidio por desempleo para mayores de 55 años frecuentemente comparten responsabilidad el SEPE y el INSS;
- en las demandas de accidentes de trabajo o en las relativas a enfermedades profesionales se debe demandar al INSS como entidad gestora de las prestaciones de Seguridad Social y sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y del Fondo de Compensación de Enfermedades profesionales y a la TGSS como sucesora del Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo.

En cambio, no es necesario demandar a la **Tesorería General de la Seguridad Social** cuando su actuación se limita a la operación material del pago de obligaciones de las entidades gestoras.

**8375 b) El Instituto de Mayores y Servicios Sociales en Ceuta y Melilla y los organismos correspondientes de las comunidades autónomas.** Son demandados en las pretensiones que versen sobre la valoración, calificación y declaración de las situaciones de discapacidad.

**c)** Las empresas en los procesos en los que se declare a las **empresas responsables** principales, solidarias o subsidiarias de prestaciones en los siguientes casos:

- falta de afiliación, alta y cotización ( LGSS art.167 );
- incumplimiento de las decisiones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos cuando no se cumplan las normas de seguridad e higiene ( LGSS art.242 );
- incumplimiento de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos del personal empleados en industrias con riesgo específico de enfermedad profesional ( LGSS art.244 );
- cuando se establezca la responsabilidad en el pago de las prestaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común hasta el decimoquinto día ( LGSS art.173 );
- responsabilidad por la colaboración de las prestaciones ( LGSS art.102 );
- pago de la pensión de jubilación parcial ( RD 1131/2002 disp.adic.2ª );
- responsabilidad en los recargos de prestaciones ( LGSS art.164 ).

La demanda también debe dirigirse contra la empresa en los procedimientos en los que la pretensión verse sobre **prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales** en cuanto responsable inicial que asegura la protección con el INSS o con una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

Por último, la demanda se debe dirigir contra la empresa en el supuesto de reclamación de prestaciones y cotizaciones por desempleo en los casos de **utilización abusiva de la contratación temporal** (nº 8414 ).

Igualmente se pueden presentar situaciones de **litisconsorcio pasivo necesario** de manera que deben presentar la demanda:

**a)** Contra el trabajador como deudor principal de la obligación de reintegrar prestaciones indebidamente percibidas.

**b)** Contra el INSS:

- en las demandas de incapacidades laborales;
- en aquellas pretensiones que tengan por objeto prestaciones derivadas de contingencias profesionales cuando el INSS sea el ente asegurador y, en todo caso como sucesor del Fondo de Compensación de Enfermedades Profesionales y del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo debiéndose demandar también en estos casos a la entidad gestora de la asistencia sanitaria si la pretensión versa sobre esta prestación.

**c)** Contra la TGSS en las demandas que versen sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en cuanto sucesor del Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo.

**d)** Contra las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social:

- en los casos de prestaciones aseguradas por estas entidades colaboradoras;
- en los casos en los que se demande a la empresa como responsable ( LGSS art.168 ).

En cambio, la **situación litisconsorcial será voluntaria** respecto de las empresas que pudieran resultar responsables solidarias de las prestaciones ( ET art.42 ; LGSS art.168 ).

**8376 d)** Las **mutuas colaboradoras con la Seguridad Social** pueden ser demandadas en los procesos que versen sobre prestaciones aseguradas por dichas entidades ya sean prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes o prestación por cese en el trabajo de los trabajadores autónomos.

Las **situaciones consorciales** devienen necesarias en los siguientes supuestos:

- pretensiones relativas a prestaciones de incapacidad laboral derivada de accidente de trabajo: se debe demandar al INSS, a la TGSS, a la empresa o a otras entidades colaboradoras con las que comparta alguna responsabilidad;
- muerte y supervivencia derivadas de accidentes de trabajo: se debe demandar al INSS, a la TGSS y a la empresa;
- impugnaciones de alta médica de facultativos de los Servicios Públicos de Salud o del INGESA o emitida por los inspectores médicos del INSS: se debe demandar al INSS, a la TGSS, y en su caso a otras entidades colaboradoras con las que comparte alguna responsabilidad;
- casos en los que se solicite la responsabilidad empresarial derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se debe demandar al INSS como entidad competente de la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, como sucesor del Fondo Compensador de Enfermedades Profesionales y del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y a la empresa. Igualmente puede ocurrir que la responsabilidad pueda compartirse con otras mutuas a consecuencia de sucesiones en los aseguramientos de la misma empresa, o de otras en las que estuvo empleado el trabajador.

**e)** Los **beneficiarios de prestaciones** deben ser demandados en las siguientes pretensiones:

- en los casos en los que las entidades gestoras revisen de oficio actos declarativos de derechos;
- en las pretensiones de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas;
- en las pretensiones de las empresas en impugnación de actos en los que se les imponga responsabilidad;
- en aquellos casos de demandas a cónyuges, ex cónyuges o parejas o ex parejas de hecho en pensiones de viudedad ( LGSS art.219 , 220 y 221 ) cuando sus derechos e intereses se vean afectados.

Igualmente, en estos casos, la posición procesal puede ser compartida con entidades gestoras, servicios comunes, entidades colaboradoras, empresas u otros beneficiarios de prestaciones.

### **8378 Personación de las entidades gestoras y de la TGSS**

(LRJS art.141)

Las entidades u otros organismos gestores y la TGSS, pueden personarse y ser tenidas por partes en el proceso con plenitud de posibilidades de alegación y defensa, incluida la de interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder, en los pleitos en materia de Seguridad Social y, en general, en los procedimientos en los que tengan un interés por razón del ejercicio de sus competencias, sin que la intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones.

La lógica del precepto supone la posibilidad de que en cualquier momento, y sin que ello pueda afectar al curso del proceso, la entidad gestora o servicio común pueda adherirse al proceso en defensa de los intereses generales, toda vez que en los casos en los que las competencias de gestión de dichas entidades estuvieran afectadas, la situación consorcial deviene necesaria.

A tal efecto el **letrado de la Administración de Justicia** debe efectuar las actuaciones precisas para constatar la posible existencia de las situaciones anteriores y acordar, en su caso, que les sean notificadas las resoluciones de admisión y trámite, señalamiento de la vista o incidente y demás resoluciones, incluida la que ponga fin al trámite correspondiente.

Asimismo, el órgano jurisdiccional puede solicitar de dichas entidades y organismos los **antecedentes** de que dispongan en relación con los hechos objeto del procedimiento y los mismos podrán igualmente aportar dichos antecedentes, estén o no personados en sus actuaciones, en cuanto pudieran afectar a las prestaciones que gestionen, a los fines de completar los elementos de conocimiento del órgano jurisdiccional en la resolución el asunto.

### **8380 Representación y defensa**

(LRJS art.18 a 24 )

En la representación y defensa de los trabajadores y beneficiarios de prestaciones así como de los empresarios y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social ha de tenerse en cuenta que la solicitud de designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social dará lugar a la suspensión de los plazos de caducidad o la interrupción de la prescripción de acciones ( LRJS art.21.4 ).

Cuando el abogado designado considere **insostenible la pretensión** debe seguir el procedimiento previsto en la ley de asistencia jurídica gratuita ( L 1/1996 art.32 a 35 ).

La representación y defensa de las **entidades gestoras y de los servicios comunes** de la Seguridad Social corresponde a los letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que para supuestos determinados pueda conferirse la representación conforme a las reglas generales de representación mediante poder otorgado o designarse abogado al efecto ( LRJS art.22.2 ).

El **Servicio Público de Empleo Estatal** está representado por el abogado del Estado ( LOPJ art.551 ).

La representación y defensa de los entes de las **comunidades autónomas** que ejerzan competencias de Seguridad Social transferidas, puede llevarse a cabo por los profesionales que estas designen de conformidad con su propia normativa.

### 8382 Tramitación

Deben considerarse las siguientes **especialidades**:

- remisión del expediente administrativo (nº 8383 );
- emplazamiento de terceros interesados (nº 8385 );
- congruencia entre las alegaciones en el expediente y durante el juicio (nº 8386 );
- consecuencias de la falta de expediente administrativo (nº 8388 ).

### 8383 Remisión del expediente administrativo y su incorporación a los autos

(LRJS art.143.1)

Al admitirse a trámite la demanda debe reclamarse a la **entidad gestora** o al organismo gestor o colaborador la remisión del expediente o de las actuaciones administrativas practicadas en relación con el objeto de la misma, en original o copia, en soporte escrito o preferentemente informático y, en su caso, informe de los antecedentes. El expediente se envía completo, foliado y, en su caso, autenticado y acompañado de un índice de los documentos que contenga. Si se remitiera el expediente original, el letrado de la Administración de Justicia lo devolverá a la entidad de procedencia, firme que sea la sentencia, dejando en los autos nota de ello.

El expediente administrativo **está formado** por el conjunto de documentos por los que se hacen constar las actuaciones de los interesados, actos de instrucción y trámite, pruebas, y resoluciones que componen el procedimiento administrativo, así como la reclamación administrativa, los actos administrativos de trámite dictados para su resolución y la resolución de la misma, y tiene como finalidad visualizar la acción administrativa, lo que implica establecer un control de la causa de los actos administrativos que garantice la efectividad de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

En tal sentido, hay que tener en cuenta que la **falta de tramitación** del expediente administrativo, en cuanto que formaliza el procedimiento administrativo seguido al efecto, puede dar lugar en determinados casos a la declaración de la nulidad de pleno derecho de la decisión administrativa objeto del litigio al haberse prescindido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido ( LPAC art.47.1.e ).

#### Precisiones

El carácter instrumental del procedimiento y la deseable eficacia impone que los posibles **vicios que afecten a los expedientes** tramitados en materia de Seguridad Social siempre sean subsanables en vía judicial, a través del oportuno planteamiento de la cuestión comprometida por el pretendido defecto y mediante la oportuna defensa del derecho supuestamente conculcado, alegando lo que a sus intereses convenga y solicitando la práctica de toda prueba admisible en derecho, por lo que en trámite de suplicación no cabe -en términos generales- impugnar tales anomalías del expediente, ni por la existencia de las mismas es factible declarar la nulidad de actuaciones, lo que es coherente con el hecho de que en trámite administrativo ( LPAC art.48.2 ) el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados ( TSJ Galicia 25-10-03, EDJ 208316 ).

Pues bien, con la finalidad de otorgar a las partes y al juzgador el conocimiento previo de todos los elementos de juicio tenidos en cuenta por la Administración de la Seguridad Social para tomar la decisión objeto del litigio se exige que se remita el **expediente original** o una copia ( LRJS art.143 ), si bien en el primer caso cuando la sentencia sea firme se devuelve el original a la entidad remitente mientras que si la entidad gestora remitió una **copia** del mismo, esta permanece con carácter definitivo a las actuaciones. En este sentido, corresponde al letrado de la Administración de Justicia la realización de estos actos de impulso procesal relacionados con el expediente administrativo.

Por último se establece la posibilidad de que si las circunstancias lo aconsejaren, se remita un **informe adicional** sobre las antecedentes que posean en relación con el contenido de la demanda, lo que puede incluir una información relativa a otros expedientes seguidos sobre la pretensión, sentencias dictadas con anterioridad o sobre cualquier otra actuación que obre en los archivos de la Administración y que pueda tener relevancia en el proceso.

Cabe la posibilidad de que el propio organismo informe al juzgado sobre la **existencia de demandas acumulables**, pues al solicitarse la remisión de expediente o actuaciones se requiere igualmente al correspondiente organismo y este, en su caso, debe poner en conocimiento la existencia de otras demandas en las que se deduzcan pretensiones en relación con el mismo acto o actuación, a los efectos de posibilitar, en su caso, la acumulación de oficio o a instancia de parte.

### 8385 Emplazamiento de terceros interesados

(LRJS art.143.3)

A la vista del expediente, el tribunal debe disponer el emplazamiento de las personas que pudieran ostentar un interés legítimo en el proceso o resultar afectadas por el mismo, para que puedan comparecer en el acto del juicio, ser tenidas por parte en el proceso y formular sus pretensiones, procurando que tal emplazamiento se entienda con los interesados con al menos 5 días hábiles de antelación al señalamiento a juicio. Para la citación de estos interesados o afectados no es necesario aplicar los plazos generales previstos para la citación de las partes demandadas ( LRJS art.82 ) de manera que no debe mediar necesariamente el plazo de 10 días entre la citación y la efectiva celebración del acto del juicio.

### 8386 Congruencia entre las alegaciones del expediente y durante el juicio

(LRJS art.143.4)

En el proceso no pueden aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

### 8388 Consecuencias de la falta de remisión del expediente administrativo

(LRJS art.144 y 145 )

La **no remisión del expediente** no paraliza las actuaciones, de manera que se celebra la vista oral salvo que se den dos **circunstancias excepcionales que provocan la suspensión del juicio** para incorporar al expediente:

**a)** Que a quien compete la aportación del expediente justifique suficientemente la omisión de la remisión del expediente administrativo, quedando a juicio del órgano jurisdiccional apreciar la suficiencia de la justificación alegada.

**b)** Que al demandante le conviniera la aportación del expediente a sus propios fines. En buena lógica, el demandante debe ser el beneficiario o personas físicas o jurídicas distintas de la entidad obligada a aportar el expediente administrativo pues esta tuvo que tener en consideración el expediente administrativo para construir su acción ( LRJS art.144 ).

Si el juez acuerda la suspensión del juicio por concurrir alguna de las situaciones excepcionales, se concede al organismo que debe remitir el expediente un **nuevo plazo** de 10 días para su aportación. En tal sentido, si la Administración continuase sin remitir el expediente se celebrará el juicio, teniéndose por probados los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos a aquel. De esta manera no se establece una presunción automática en la determinación de los hechos que fundamenten la sentencia sino que el **juez**, para presumir determinados hechos, **debe ponderar** de acuerdo con su prudente criterio: en primer lugar, que los hechos a presumir son de difícil o imposible demostración si se prescinde del expediente administrativo, en segundo lugar que los hechos presumidos sean relevantes para la resolución de la pretensión, y en tercer lugar que del resto de la prueba practicada no se deduzca la falsedad o improbabilidad de la presunción.

La falta de remisión del expediente y cualquier otro incumplimiento de las obligaciones de colaboración con el proceso se notifica por el letrado de la Administración de Justicia al Director de la entidad gestora u organismo gestor, a los efectos de la posible **exigencia de responsabilidades disciplinarias**, sin perjuicio de otras medidas que puedan ser procedentes. De este modo, el legislador deja en manos de la Administración o de las mutuas, en cuanto órganos gestores de la prestación por cese de la actividad de los trabajadores autónomos, la posibilidad de exigir la responsabilidad disciplinaria en los términos establecidos en la normativa administrativa o laboral correspondiente.

### 8390 Juicio oral

(LRJS art.74)

El juicio se rige por los principios de oralidad, concentración e inmediación. De este modo el juicio oral **se inicia** con la exposición del demandante que se ratifica en la pretensión pudiendo expresar las variaciones que considere oportunas sin que puedan ser esenciales, contestando a continuación el demandado.

El **demandado** contesta afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda y alega las excepciones previas y de fondo que estime procedentes, sin que pueda alegar hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo. Con respecto a las **excepciones**, se pueden alegar:

- falta de competencia de la jurisdicción social, o de la competencia territorial o funcional del órgano jurisdiccional;
- la inadecuación del procedimiento;
- la falta de legitimación activa o pasiva;
- la falta de litisconsorcio pasivo necesario;
- la falta de acción;
- la caducidad de la instancia;
- la falta de agotamiento de la vía previa administrativa;
- la existencia de defectos esenciales en la demanda;
- la litispendencia;
- la cosa juzgada.

En este procedimiento no se puede formular **reconvención**, salvo que se hubiera anunciado en la resolución de la reclamación previa en la que se debería haber expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición que se concreta ( LRJS art.85.3 ).

Tanto en el caso de la formulación de excepciones previas como en el caso de que se hubiese formulado reconvención se abrirá un **trámite de contestación al demandado**, si bien las partes harán uso de la palabra cuantas veces considere necesario el juez.

A continuación se procede a la petición de **prueba** y a la práctica de la misma ( LRJS art.87 ). Tras la práctica de la prueba se formulan las **conclusiones finales** ( LRJS art.87.4 ), a lo que sucede que el juez deje el **juicio visto para sentencia**, si bien el juzgador puede acordar antes de dictar sentencia **diligencias finales** con audiencia a las partes ( LRJS art.88 ).

Normalmente el juicio oral acaba con **sentencia** que debe ser dictada por el juez ante el cual se celebró el juicio, de manera que si esto no fuera posible hay que repetir el juicio oral.

### 8391 Especialidades de la prueba

Especial singularidad tiene en el procedimiento de Seguridad Social la prueba, pudiéndose destacar los siguientes extremos:

**a)** En los procesos sobre responsabilidades derivadas de **accidentes de trabajo y enfermedades profesionales** corresponde a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de la responsabilidad, indicando además, que no se puede apreciar como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que este inspira ( LRJS el art.96.2 ).

**b)** La necesidad de aportar el **expediente administrativo**.

**c)** La posibilidad de que en los procesos derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, el órgano judicial, si lo estima procedente, pueda recabar **informe de la inspección de Trabajo y Seguridad Social** y de los organismos públicos competentes en materia de prevención y salud laboral, así como de las entidades e instituciones legalmente habilitadas al efecto.

**d)** La singularidad del **interrogatorio de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social** ( LEC art.315 ). Así el interrogatorio se realizará mediante la presentación previa y por escrito de una **lista de preguntas**, con tiempo suficiente para que puedan ser respondidas por escrito por quien corresponda y entregadas al juzgado de lo social antes de celebrarse el juicio. En tal sentido las respuestas por escrito pueden ser objeto de preguntas complementarias a contestar por el representante de la entidad pudiéndose acordar por el juez que las preguntas complementarias se den respuesta mediante diligencias finales.

**e)** El establecimiento en la Ley de determinadas **presunciones probatorias** de ciertos documentos en detrimento de otros medios de prueba. Así, se atribuye la presunción de certeza de los hechos fijados en las actas de la Inspección o en determinados informes ( L 23/2015 art.23 ). En otras ocasiones, la LGSS atribuye a determinados informes un valor probatorio único, y en ese sentido, los documentos oficiales de cotización diligenciados en su día por las oficinas recaudadoras constituirá el único medio de prueba admisible ( LGSS disp.trans.3ª.2 ) o la acreditación de la **convivencia de las parejas de hecho** a efectos de la pensión de viudedad a través del certificado



de empadronamiento ( LGSS art.221.2 ), si bien la exclusividad de ambos medios de prueba ha sido relativizada ( TCo 227/1991 , en el primer caso y TS 25-5-10, EDJ 185126 , en el segundo).

**f)** La importancia de la **prueba pericial médica** en los procedimientos de incapacidad. En tal sentido esta prueba se podrá realizar mediante dictámenes que se pueden aportar por escrito en el acto del juicio o emitirse verbalmente quedando en este caso las declaraciones reflejadas en el acta del juicio. Esta prueba, que generalmente se confronta con otras pruebas periciales y documentales, será apreciada libremente por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Así, se suelen tener en consideración criterios como: el carácter colegiado de los autores del dictamen, la proximidad con el paciente, el tiempo que ha tratado el facultativo al paciente, los medios técnicos empleados para emitir el dictamen, la autoridad y prestigio del facultativo o del centro en el que presta servicios y se realiza el tratamiento, el carácter público o privado del establecimiento sanitario, el contenido del informe, etc.

En este sentido, suele ser frecuente la **intervención del médico forense**, si así lo determina el juez, toda vez que su intervención no es una prueba de partes, sino que tiene por finalidad instruir al juez y no a las partes, de manera que acordar la práctica de esta es una facultad discrecional del juez ( TS 20-9-05, EDJ 166177 ).

**g)** La importancia de la **prueba de presunciones**. Se establecen en unos casos presunciones **iusuris tantum**, que admiten prueba en contrario, y en otras iuris et de iure. Con respecto a las primeras podemos señalar: la presunción de accidente de trabajo del ocurrido en el lugar y tiempo de trabajo ( LGSS art.156 ); la no validez de los incrementos de las bases de cotización en los 2 años anteriores a la fecha del hecho causante a efectos de cómputo en la base reguladora de la pensión de jubilación ( LGSS art.209.2 ), o la persona que se presume que se ha hecho cargo de los gastos de sepelio ( LGSS art.218 ). Con respecto a las presunciones **iusuris et de iure** podemos señalar: la presunción de muerte derivada de contingencia profesional de los beneficiarios de pensiones de incapacidad permanente absoluta derivadas de la misma contingencia ( LGSS art.217.2 ); la presunción de muerte derivada de accidente de trabajo en las desapariciones por más de 90 días tras ocurrir el accidente ( LGSS art.217.3 ); la presunción de involuntariedad del cese en el trabajo a efectos de jubilación anticipada ( LGSS art.206 ) o la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

### 8392 Sentencia (LRJS art.97)

La sentencia debe ser **escrita** y debe expresar, dentro de los antecedentes de hecho, un resumen suficiente de los que hayan sido objeto del debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, ha de declarar expresamente los **hechos** que estime probados, haciendo referencia en los **fundamentos de derecho** a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando recoja entre los mismos las afirmaciones de hecho consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo.

La sentencia, motivadamente, puede imponer al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad una **sanción** cuya cuantía puede oscilar entre 180 y 6.000 euros, atendiendo a los principios de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica de las partes y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros. La sanción no puede superar en ningún caso la tercera parte de la cuantía del proceso ( LRJS art.75.4 ). En tales casos y cuando el condenado sea el empresario, debe abonar también los **honorarios** de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieran intervenido, hasta el límite de 600 euros.

Si la sentencia deviene firme tendrá el valor de **cosa juzgada**, tanto **negativa**, lo que impide ulterior pronunciamiento sobre los mismos hechos, fundamentos y pretensiones, como **positiva** en cuanto que el pronunciamiento vincula ulteriores decisiones judiciales.

### 8393 Recursos

Contra la sentencia se puede interponer **recurso de suplicación** en los siguientes casos ( LRJS art.191 ):

- en los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable;
- en reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes;
- cuando la cuantía litigiosa exceda de 3.000 euros;
- cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento;
- contra las sentencias que decidan sobre la falta de jurisdicción por razón de la materia o de competencia territorial o funcional.

En cambio, **no cabe recurso de suplicación** en los procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniera percibiendo el trabajador.

## 2. Especialidades en contingencias profesionales

(LRJS art.142)

**8395** En las demandas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional es preciso **consignar el nombre de la entidad gestora o**, en su caso, de la **mutua** colaboradora con la Seguridad Social. Si no se hiciese así, el letrado de la Administración de Justicia, antes del señalamiento del juicio, requiere al empresario demandado para que en el plazo de 4 días presente documento acreditativo de la cobertura del riesgo. Si transcurrido este plazo no se presentara, vistas las circunstancias que concurran y oyendo a la Tesorería General de la Seguridad Social, el juez acordará el embargo de bienes del empresario en cantidad suficiente para asegurar el resultado del juicio y cuantas medidas cautelares se consideren necesarias.

### Precisiones

La **finalidad de esta previsión** es, por un lado, garantizar la correcta constitución de la relación jurídico- procesal, y por otro asegurar el cumplimiento de las responsabilidades que resulten de la sentencia a consecuencia del accidente de trabajo acaecido o de la enfermedad profesional contraída.

### **8396** Constitución de la relación jurídico-procesal

Como requisito previo e indispensable a la iniciación de actividades, los empresarios deben solicitar a la TGSS su **inscripción** en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social. Al realizar la inscripción, el empresario debe hacer constar la entidad gestora y/o la entidad colaboradora por la que opta para la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como para la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes ( RD 84/1996 art.5 ).

Si el **aseguramiento** de las contingencias profesionales se realiza **con el INSS** y la pretensión versa sobre prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, se debe demandar al INSS en su doble condición de ente gestor encargado de la declaración de responsabilidad de las prestaciones ( LGSS art.167 ) y como asegurador del accidente, debiéndose demandar también a la TGSS como reasegurador. De igual forma si la pretensión versa sobre prestaciones derivadas de enfermedad profesional, el papel del INSS como demandado se amplía al suceder al Fondo de compensación de Enfermedades profesionales.

Por tanto, la empresa y todas las entidades deben compartir posición procesal de forma necesaria en el proceso, de manera que la omisión de alguno de ellos provocará que el letrado de la Administración de Justicia advierta a la parte para que subsane el defecto ( LRJS art.81 ). Si no se subsanaran las omisiones, la deficiente constitución de la relación procesal podrá provocar la nulidad de las actuaciones.

### Precisiones

Si un procedimiento se ha iniciado mediante una demanda defectuosa, por no estar dirigida contra todos los que puedan resultar afectados por la sentencia, y comprobado más tarde este defecto en el acto del juicio, procede apreciar en la sentencia la excepción opuesta de **falta de litisconsorcio pasivo necesario**, dejando imprevisto el fondo del asunto, y anular las actuaciones para que el órgano judicial de instancia haga ver los defectos en que se ha incurrido, para que los subsane, con advertencia del archivo ( TS 5-5-00, EDJ 7689 ).

### **8397** Aseguramiento de las responsabilidades

El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, previa fijación de los supuestos de imputación ( LGSS art.167.2 ).

Se establecen como supuestos para la exigencia de **responsabilidad empresarial** en el pago de las prestaciones: la falta de afiliación o alta, la falta de ingreso de las cotizaciones, o la infracotización cuando el empresario cotice por cantidades inferiores a las legalmente establecidas ( LSS art.94 a 96 ). Ahora bien, en la protección de las contingencias profesionales se aplica el **principio de automaticidad**, de manera que el INSS, o en su caso la mutua colaboradora con la Seguridad Social, reconocerá inmediatamente la prestación anticipando su pago, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el empresario que haya sido declarado responsable. En tal sentido, si el empleador resultara insolvente, la mutua puede solicitar el reintegro de las prestaciones adelantadas al INSS como sucesor legal del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo ( TS 11-7-07, EDJ 144122 ).

Ante un **eventual incumplimiento** del aseguramiento, y por tanto, ante la posible responsabilidad empresarial, se establece la práctica de un eventual **embargo preventivo** de los bienes del empresario o bien que se tomen cuantas otras medidas cautelares se consideren necesarias al objeto de hacer efectivas dichas responsabilidades ( LRJS art.142.1 ). Asimismo, se prevé un **trámite de audiencia a la TGSS** sobre la pertinencia y alcance del embargo o de las medidas cautelares a tomar toda vez que es ante este servicio común de la Seguridad Social donde las mutuas y las empresas responsables de las prestaciones deben ingresar, hasta el límite de su responsabilidad, el valor actual del capital coste de las pensiones que por incapacidad permanente o muerte se causen debidas a accidentes de trabajo o enfermedad profesional ( LGSS art.260 ).

#### 8398 Otros datos

En la demanda de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales deben constar, además, los siguientes datos:

**a)** La fecha del **accidente**, la profesión habitual, salario, base de cotización por contingencias profesionales, grado de invalidez que se pretende, beneficiarios y fecha de nacimiento de los mismos en las prestaciones de muerte y supervivencia.

**b)** En las demandas de **enfermedad profesional** se debe hacer constar el salario y base de cotización, enfermedad padecida, puesto de trabajo que ocupa, actividades, sustancias, productos o riesgos a los que ha estado expuesto, grado de incapacidad pretendida, beneficiarios y fecha de nacimiento, etc.

#### Precisiones

En las **demandas de accidentes de trabajo** no es suficiente, solicitar genéricamente las prestaciones económicas correspondientes a la declaración de determinado accidente de trabajo, por ejemplo, en favor de viuda e hijos, sino que:

- ha de fijarse con claridad y precisión lo que se pida;

- la demanda ha de contener la súplica correspondiente en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada;

- en la fase de conclusiones, el demandante ha de fijar las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria, sin que en ningún caso puedan reservarse su determinación por la ejecución de sentencias ( TS 24-4-02, EDJ 27188 ).

#### 8399 Base reguladora de la pensión reclamada

Tiene especial importancia fijar en la demanda la base reguladora de la pensión que se reclama toda vez que la sentencia debe pronunciarse sobre la misma, lo que tendrá valor de cosa juzgada. Así, ante la **pretensión de modificar** la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente reconocida judicialmente, se ha señalado ( TS 13-6-08, EDJ 178570 ):

**a)** Que el grado de incapacidad y la base reguladora de una pensión pública son factores indisolublemente unidos en la pretensión y en la sentencia firme de reconocimiento de derecho de prestaciones.

**b)** No puede sustentarse que la base reguladora de una pensión no haya sido juzgada en sentencia firme de reconocimiento de derecho a prestaciones debido a que el debate procesal no se hubiera centrado en ella, ya que las alegaciones del proceso sobre la misma bien pudieron formularse en el curso del pleito precedente.

**c)** Dejando a salvo las vías excepcionales de los procesos de revisión y de audiencia al rebelde, el instituto de la cosa juzgada impone, por razones de seguridad jurídica, la eficacia plena de la resolución dictada en todos sus aspectos, con independencia de posibles errores o desajustes en los hechos o en el derecho aplicado.

#### 8400 Mejoras voluntarias

En los procedimientos que tengan como pretensión mejoras voluntarias o complementarias de Seguridad Social y de otras responsabilidades del empresario o de terceros por accidente de trabajo y enfermedad profesional es necesario consignar en la demanda la **entidad aseguradora** de las mejoras voluntarias o complementarias de seguridad social y el **documento de cobertura** de otras posibles responsabilidades. En otro caso, el letrado de la Administración de Justicia, antes del señalamiento del juicio, requerirá al empresario para que los en el plazo de 4 días. El empresario o el tercero responsable deberán aportar en el citado plazo el documento de aseguramiento y los datos de la entidad aseguradora que cubre el mismo, con apercibimiento de adoptarse la medida de embargo preventivo u otras medidas cautelares idóneas ( LRJS art.142.1 ).

#### Precisiones

Se prevé la **acumulación** de todas las acciones derivadas del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional ya sean las relativas a las prestaciones de Seguridad Social como las relativas a la responsabilidad civil o a las prestaciones voluntarias y complementarias ( LRJS art.25.4 y 5 ).

#### 8402 Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

(L 23/2015 art.12.2.e)

En los procesos para la **determinación de contingencias** o de **falta de medidas de seguridad** en accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y en los demás supuestos en que se estime necesario, la resolución en la que se admita la demanda a trámite debe interesar de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, si no figurase ya en el expediente o en los autos, informe relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente o enfermedad, trabajo que realizaba el accidentado o enfermo, salario que percibía y base de cotización, que será expedido necesariamente en el plazo máximo de 10 días. Con antelación de al menos 5 días a la celebración del juicio, el letrado de la Administración de Justicia debe reiterar la remisión de dicho informe si este no hubiera tenido todavía entrada en los autos ( LRJS art.142.2 ).

La emisión del informe tiene por **finalidad** facilitar, al juez y a las partes, elementos de juicio suficientes para resolver las cuestiones relativas al accidente de trabajo ocurrido y sometidas a decisión en el procedimiento y particularmente, respecto a las cuestiones relativas a las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que desempeñaba el accidentado, salario que percibía y base de cotización.

Su emisión responde a dos **razones**:

- por un lado, al indudable valor de los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y en particular la cualificación técnica de los funcionarios del Cuerpo Superior de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los que se atribuye la función de vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias en materia de Seguridad Social;

- por otro lado, por las especiales facultades que tienen atribuidas los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.

En ese sentido, tienen **facultades** para: entrar libremente en los centros de trabajo, practicar diligencias de investigación, requerir información al empresario y al personal a su servicio, requerir y comprobar los libros y documentos del empresario, tomar muestras de sustancias y materiales así como obtener fotografías, vídeos, etc. ( L 23/2015 art.13 ).

A los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y formalizados en sus informes, se otorga **presunción de certeza** cuando se refieran a materias relacionadas con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, encuadramiento de empresas o sobre las circunstancias concurrentes en el accidente de trabajo o enfermedad profesional ( L 23/2015 art.23 ), aún cuando serán valorados por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Estos informes no tienen carácter de prueba documental ni pericial a efectos de revisión de los hechos declarados probados de la sentencia en recurso de suplicación, toda vez que ni documentan hechos, actos o estado de cosas ni se requieren los conocimientos técnicos del inspector. Ahora bien, dichos informes tienen **valor revisorio** respecto a su emisión, fecha y funcionario que lo emitió.

La **competencia** para recabar el informe corresponde al letrado de la Administración de Justicia si no figura ya en los autos. También se encomienda al letrado de la Administración de Justicia la obligación de reiterar el requerimiento del informe antes del juicio si no se ha recibido.

El **plazo** máximo del que dispone la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para emitir el informe es de 10 días. Su **omisión** puede provocar la nulidad de las actuaciones si provoca indefensión de las partes siempre y cuando los hechos y datos objeto del informe tengan relación con la litis ( TSJ Extremadura 11-7-03, Rec 431/03 ). Ahora bien, no provoca la nulidad de las actuaciones si no produce indefensión ni se infringen los principios de audiencia, asistencia y defensa. Para que se declare la nulidad de las actuaciones se exige la protesta de la parte que alega la indefensión ( TSJ Sevilla 23-10-97, Rec 1359/96 ).

#### Precisiones

La omisión del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no produce **indefensión** cuando no se discute la causa profesional de la contingencia ni la base reguladora, sino la valoración de las secuelas del actor ( TSJ Las Palmas 25-2-92, Rec 65/92 )

#### 8405 Regla general: prohibición de revisar de oficio los actos declarativos de derecho

Las entidades gestoras no pueden suprimir o reducir de oficio las prestaciones de Seguridad Social una vez reconocidas por resolución firme, salvo cuando una norma lo autorice. El criterio se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, incorporando el **principio de intangibilidad** de los actos propio del derecho administrativo. Por tanto, las entidades, órganos u organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no pueden revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios debiendo, en su caso, **solicitar la revisión** ante el juzgado de lo social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido ( LRJS art.146 ).

#### Precisiones

**1)** La prohibición se dirige a las entidades gestoras, servicios comunes, Fondo de Garantía Salarial, en cuanto **entidades sometidas a autotutela administrativa**. Igualmente, esta obligación se extiende a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en cuanto órganos gestores de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos. No obstante, tanto las **mutuas** como las **empresas** cuando actúen en el ámbito de la colaboración de la Seguridad Social deben acudir también ante la jurisdicción social cuando pretendan alterar sus decisiones relativas a derechos reconocidos en perjuicio del beneficiario.

**2)** Lo que se prohíbe es la revisión de actos, es decir, la pretensión de la Administración de retirar o modificar un acto administrativo mediante su sustitución por otro de signo contrario. De este modo, se prohíbe únicamente la **revisión in peius**, es decir, suprimir o modificar en perjuicio del beneficiario el derecho reconocido anteriormente, de manera que dicha prohibición no afecta a las **modificaciones in melius** que pueden realizarse por la Administración en todo momento siempre que no hubiese prescrito el derecho o facultad, la revisión fuera contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes ( L 39/2015 art.110 ).

**3)** Se debe referir a un **acto que ha causado estado en vía administrativa** y que no fue reconocido ni impugnado en vía judicial, de manera que no goce de la santidad de la cosa juzgada. Además, debe recaer sobre un acto administrativo declarativo de derechos, es decir, un acto dictado por la entidad gestora, servicio común u órgano gestor que incrementa el patrimonio jurídico del beneficiario, bien reconociendo un nuevo derecho o facultad bien suprimiendo un gravamen anterior.

**4)** Como especialidad procesal se establece que la **sentencia** que declare la revisión del acto impugnado es **inmediatamente ejecutiva** ( LRJS art.146.4 ), lo que implica la ejecución provisional de la sentencia de modo que la prestación se deje de satisfacer o se satisfaga en las condiciones establecidas en la sentencia, mientras que el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas puede quedar pendientes de lo que se resuelva en el recurso de duplicación.

#### 8406 Demanda

(LRJS art.146.3)

El **plazo** para ejercitar la acción de revisión prescribe a los 4 años ( LRJS art.146.3 ), contando con clara justificación el establecimiento de límites temporales a la acción de revisión ( TS 24-9-96, EDJ 6644 ).

Por último, debemos señalar que a la hora de establecer el límite temporal para iniciar la acción de prescripción no se distingue entre actos nulos y actos anulables. Judicialmente se ha dejado abierta la posibilidad de analizar tal distinción ( TS 21-4-00, EDJ 9109 ).

#### 8408 Excepciones a la regla general

(LRJS art.146.2 y 147 )

Se exceptúan de la regla general:

- la rectificación de **errores materiales o de hecho** y los **aritméticos**, así como las revisiones motivadas por la constatación de **omisiones o inexactitudes** en las declaraciones del beneficiario (nº 8409 );

- las revisiones de los actos en materia de protección por **desempleo** y por **cese de actividad** de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa o del órgano gestor que no hubiera sido impugnada, sin perjuicio de lo dispuesto legalmente (nº 8410 );

- la revisión de los actos de reconocimiento del derecho a una **prestación de muerte y supervivencia** motivada por la condena al beneficiario, mediante sentencia firme, por la comisión de un **delito doloso de homicidio** en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, que podrá efectuarse en cualquier momento, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, hubiera percibido por tal concepto.

Desde el 1-7-2017, el **Registro Central de Penados** y el **Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes** tienen la obligación de comunicar a las entidades gestoras de la Seguridad Social, al menos semanalmente, los datos relativos a penas, medidas cautelares impuestas por estos delitos.

#### 8409 Revisiones motivadas por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario

Supone una habilitación especial a favor de la entidad gestora en los casos en los que el derecho adquirido por el beneficiario se debió al incumplimiento de sus deberes de colaboración con la Administración, bien aportando datos erróneos o bien efectuando declaraciones incorrectas. De esta manera, el error no se debe a la acción negativa de la Administración que actuó de buena fe sino que es inducido por la actitud del beneficiario.

En tal sentido, las **solicitudes normalizadas de prestaciones** contienen datos cuyo conocimiento solo alcanzan al beneficiario y que fundamentan el derecho a la prestación, de manera que el incumplimiento en su recta declaración podrá llevar a un reconocimiento injusto.

Igualmente se exigen declaraciones del beneficiario para determinar el contenido del derecho, piénsese en la **revalorización de pensiones** o de **complementos por mínimos** sujetos a declaraciones de situaciones familiares y de percepción de rentas.

Tampoco en este caso existe **plazo** para ejercer la revisión, sin perjuicio del plazo de prescripción de 4 años fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, a contar desde la fecha del cobro o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución ( LGSS art.55.3 ).

#### 8410 Revisión de actos de reconocimiento de prestaciones de desempleo o de cese de actividad

(LRJS art.146.2)

Se permite revisar los actos declarativos de derechos en materia de prestaciones de desempleo o de prestaciones de cese de actividad de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del **plazo** máximo de un año desde la resolución administrativa del órgano gestor que no hubiera sido impugnada, sin perjuicio de lo establecido respecto a la impugnación de prestaciones de desempleo ( LRJS art.147 ).

#### 8411 Habilitaciones establecidas por la Ley

Entre otras situaciones podemos destacar las siguientes:

**1. La revisión del grado de incapacidad permanente** reconocida a consecuencia de agravación, mejoría o error en el diagnóstico ( LGSS art.200 ). En este caso no se puede entender que se produzca una auténtica revisión de actos declarativos ( TCo 15/1991 ).

**2. La revalorización** y el establecimiento de **límites máximos a las pensiones**: las pensiones se revalorizan anualmente en función del correspondiente índice de revalorización previsto para ese año ( LGSS art.58 ). Se establece además la posibilidad de limitar la cuantía máxima de las pensiones en los términos establecidos por la Ley de Presupuestos Generales del Estado ( LGSS art.57 ). Las limitaciones establecidas en las pensiones por mandato de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado no se consideran revisión de actos declarativos de derechos que exijan la presentación de demanda ante el juzgado de lo social ( TS 10-2-97, EDJ 4226 ).

Del mismo modo, se establece que los beneficiarios de las pensiones del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva que no perciban rentas de capital o de trabajo personal o que, percibiéndolas, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado tienen derecho a percibir los **complementos por mínimos** necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las prestaciones, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen ( LGSS art.59 ). Pues bien, generalmente dicho complemento varía en función de determinadas circunstancias, tales como la clase de pensión de que se trate, las rentas percibidas por el beneficiario y la situación familiar. En tal caso, la modificación anual de la cuantía de los complementos por mínimos o la supresión de los mismos suponen una excepción del régimen general de revisión previsto ( TS 11-11-93, EDJ 10162 ; 11-10-95, EDJ 5547 ).

**3. Complementos de las prestaciones no contributivas.** Las normas reguladoras de las prestaciones no contributivas, incapacidad permanente ( LGSS art.363 ), jubilación no contributiva ( LGSS art.369 ) y asignaciones por hijo a cargo ( LGSS art.351 ), establecen para el mantenimiento de las prestaciones diversos requisitos sobre la situación familiar y el cómputo de rentas. Pues bien, las modificaciones de la cuantía y el mantenimiento de la vigencia se condicionan también al mantenimiento de los citados requisitos.

**4. Sanciones.** La imposición de sanciones a trabajadores y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social y desempleo consistentes en la pérdida temporal o en la extinción de prestaciones ( RDLeg 5/2000 art.47 ) tampoco supone una revisión de un acto declarativo de derechos, pues una cosa es revisar por propia iniciativa un acto

declarativo de derechos y otra que este quede afectado en virtud de una sanción. El efecto puede ser el mismo, pero la causa es distinta y por ello su tratamiento jurídico no tiene por qué ser homogéneo ( TS 11-12-91, EDJ 11748 ).

**5. Actos de gestión ordinaria** debidos al acaecimiento de hechos o acontecimientos que den lugar a la suspensión, pérdida, modificación, anulación o extinción de la prestación reconocida en virtud de causas tasadas en el ordenamiento jurídico. Puede ocurrir que determinadas circunstancias propicien la modificación o pérdida del derecho a la prestación sin que ello suponga una revisión del mismo que requiera la presentación de una demanda. Se trata de circunstancias como la curación en las prestaciones de incapacidad temporal, la llegada a una determinada edad en las pensiones de orfandad, etc.. Se ha defendido en estos supuestos que no se trata de revisar el acto mismo de reconocimiento, ni siquiera de negar los efectos que haya producido hasta la concurrencia del hecho nuevo motivador de la decisión, sino que esta decisión proyecta su eficacia a partir de alguna de las circunstancias que modifican sustancialmente la situación en cuya contemplación fue declarado el derecho o reconocida la prestación ( TS 16-10-96, EDJ 7061 ; 21-10-09, EDJ 276092 ; 10-10-05, EDJ 214143 ).

En estos casos excepcionales en los que la entidad gestora de la Seguridad Social puede revisar los actos declarativos de derecho sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional el **reintegro de las prestaciones** que en su caso se perciban indebidamente se realiza a través del procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas ( RD 148/1996 ; OM 18-7-1997 ).

#### 8412 Ejecutividad de las sentencias

La sentencia de revisión del acto impugnado es inmediatamente ejecutiva de manera que, si **estima la demanda** de la entidad gestora u órgano gestor, el acto declarativo de derechos se entiende revisado en todo o en parte y procede, en su caso, la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas con independencia de que por el beneficiario se interpusiera recurso de suplicación, y en su caso, posterior recurso de casación para la unificación de doctrina ( LRJS art.146.4 ).

#### 4. Abuso de la contratación temporal y prestaciones por desempleo

(LRJS art.147)

---

**8414** Bajo el título de Impugnación de prestaciones por desempleo se introduce un **procedimiento especial** dentro de la regulación de la modalidad del proceso de Seguridad Social por el que se habilita a la entidad gestora de la prestación por desempleo para demandar contra el empresario al objeto responsabilizarle de las prestaciones por desempleo cuando estas se generen a consecuencia de una contratación temporal o abusiva del trabajador al que se le reconocieron prestaciones por desempleo.

Cuando la entidad u organismo gestor de las prestaciones por desempleo constate que, en los 4 años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales **con una misma empresa**, puede dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la entidad gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes.

#### 8415 Requisitos

Para que el encadenamiento sucesivo de contratos temporales se considere abusivo deben concurrir las siguientes **exigencias**:

- haberse realizado con la misma empresa, dando lugar a diversos periodos de desempleo;
- el lapso temporal a tener en cuenta es el de 4 años, que es el mismo establecido para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas;
- la contratación temporal ha de considerarse abusiva o fraudulenta;
- se deben haber reconocido prestaciones de desempleo que, de no haberse producido la contratación abusiva o fraudulenta, no se hubieran generado.

La exigencia de responsabilidad empresarial **no** afecta a la **última prestación** toda vez que el cese puede ser definitivo.

La **finalidad** de la medida es responsabilizar a la empresa del pago de las **prestaciones** reconocidas a consecuencia del abusivo o fraudulento encadenamiento de contratos temporales y prestaciones, así como del reintegro de la **cotización** de Seguridad Social que la entidad gestora del desempleo debió aportar a la Tesorería General de la Seguridad Social. En tal sentido, el trabajador debe quedar indemne a consecuencia del proceso.

En definitiva, la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada únicamente puede encontrar favorable acogida cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un **perjuicio** a la entidad gestora al haber

abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a ley no estaba obligada a satisfacer; en caso contrario, la empresa debe ser absuelta ( TS 20-11-08, EDJ 234714 ; 29-5-08, EDJ 111784 ). El éxito de estas demandas está condicionado, por tanto, no tanto a la demostración de las posibles irregularidades de los contratos, sino a que estas generen una **indebida percepción** de prestaciones de desempleo.

#### Precisiones

El examen de la **relación entre el trabajador y las prestaciones reclamadas** no constituye una cuestión ajena al debate, sino parte esencial del mismo. Si queda de manifiesto que el trabajador también habría tenido derecho a desempleo si en lugar de suscribir el contrato concertado, supuestamente abusivo o fraudulento hubiera suscrito el que legalmente le correspondía según la norma eludida, es evidente que las posibles irregularidades de los contratos serían irrelevantes a los efectos discutidos, puesto que ningún perjuicio habrían causado a la entidad Gestora al estar también obligada a abonar las prestaciones correspondientes al contrato que legalmente correspondía ( TS 20-11-08, EDJ 234714 ).

#### 8416 Procedimiento: inicio del proceso

El proceso se inicia mediante **comunicación de la entidad gestora** u organismo gestor de la prestación de desempleo dirigida a la autoridad judicial, es decir ante el juzgado de lo social ( LRJS art.147.1 ).

La comunicación tiene la **forma y consideración de demanda** toda vez que en ella se consignan los requisitos generales exigidos por la LRJS para las demandas en los procesos ordinarios ( LRJS art.81 ), si bien la **pretensión** debe versar sobre la declaración de que el empresario sea declarado responsable del abono de las prestaciones reconocidas al trabajador a consecuencia del uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal, así como la condena al empresario a la devolución de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones ingresadas por la entidad gestora de desempleo en la Tesorería General de la Seguridad Social. En cambio, la pretensión en ningún caso puede conllevar la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales, que se consideran debidas al trabajador. En este sentido, la comunicación debe dirigirse contra el empresario pero también se tiene como parte al trabajador.

A la comunicación se acompaña el **expediente o expedientes administrativos** en que se fundamente, estableciéndose un **plazo de caducidad** de la acción de manera que la comunicación debe dirigirse dentro del plazo de 6 meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma.

#### 8417 Admisión a trámite de la comunicación

El letrado de la Administración de Justicia examina la demanda, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos, advirtiendo a la entidad gestora, en su caso, de los **defectos u omisiones** de carácter formal de que adolezca, a fin de que sean subsanados en el término de 10 días ( LRJS art.147.2 ). Realizada la subsanación, se admite la demanda. En cambio, **de no subsanarse** los defectos, el letrado de la Administración de Justicia da cuenta al tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda.

#### 8418 Desarrollo del proceso

Una vez admitida la demanda, continúa el procedimiento con arreglo a las normas generales, con las siguientes **especialidades** ( LRJS art.147.3 ):

- el empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tienen la consideración de **parte en el proceso**, si bien no pueden solicitar su suspensión. En todo caso, aún sin la asistencia del empresario o del trabajador, el procedimiento se sigue de oficio;
- las afirmaciones de hecho que se contengan base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la **carga de la prueba** al empresario demandado.

#### 8419 Efectos de la sentencia

El proceso finaliza con sentencia que puede **declarar o no el carácter abusivo** o fraudulento de los contratos temporales suscritos y, en su caso, la **obligación** del empresario de **reintegrar** a la entidad gestora u organismo gestor las prestaciones de desempleo las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador, a excepción de la última prestación, y de las cotizaciones abonadas durante la percepción de dichas prestaciones a la Tesorería General de la Seguridad Social. No obstante, lo dispuesto en la sentencia no conlleva la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales que se consideran debidas al trabajador.

La sentencia que estime la demanda de la entidad gestora es inmediatamente **ejecutiva** ( LRJS art.147.4 ) y una vez que adquiera firmeza se comunica a la **Inspección de Trabajo y Seguridad Social** a fin de que por esta se



constate la existencia de posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico tipificadas como infracciones del orden social ( LRJS art.147.5 ).

## 5. Impugnación de altas médicas

8423 El procedimiento especial de impugnación de altas médicas es aplicable siempre que el acto de la entidad gestora o colaboradora objeto del recurso consista en un alta médica emitida en un **proceso de incapacidad temporal**.

A continuación se analizan los siguientes **supuestos**:

- impugnación del alta médica una vez agotado el plazo de duración de la IT de 365 días;
- impugnación del alta médica antes de agotarse el plazo de 365 días;
- procedimiento de revisión de altas derivadas de contingencias profesionales emitidas por las entidades colaboradoras.

### Precisiones

Los procesos de impugnación de altas médicas **no son recurribles** en suplicación y tampoco es recurrible el auto de ejecución de cualquier sentencia firme en esta materia, con la correspondiente declaración de nulidad de las actuaciones posteriores por falta de competencia funcional para el conocimiento del recurso ( TS 10-2-17, EDJ 6276 ).

8425 **Impugnación del alta por agotamiento del plazo de 365 días**

(LRJS art.71.1; LGSS art.170.2)

Los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitida por los órganos competentes de las entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación de incapacidad temporal están **exentos** de la necesidad de presentar **reclamación administrativa previa**.

Una vez agotado el plazo de duración de 365 días del proceso de incapacidad temporal, el **Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)**, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador es el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 180 días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. De igual modo, este organismo es el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquella se produzca en un plazo de 180 días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.

Frente a la resolución por la que el INSS acuerda el alta médica, el interesado puede manifestar su **disconformidad** ante la inspección médica del servicio público de salud en el plazo máximo de 4 días naturales. Si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de la discrepancia.

Si la **inspección médica confirma** la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su **discrepancia** con la resolución de la entidad gestora, esta se pronuncia expresamente en el transcurso de los 7 días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, la cual se comunica también a la inspección médica.

La **entidad gestora** puede:

- **reconsiderar el alta médica**, en cuyo caso se reconoce al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos;
- **reafirmarse en su decisión**, para lo cual debe aportar las pruebas complementarias que fundamenten aquella. La situación de incapacidad temporal solo se prorroga hasta la fecha de la última resolución.

8426 **Impugnación de resoluciones administrativas expresas por las que se acuerda el alta antes de agotarse el plazo de 365 días**

Para impugnar ante la jurisdicción social las altas médicas emitidas antes de que transcurran 365 días, se requiere interponer **reclamación previa** en el plazo de 11 días.

El plazo para **contestar** a la misma es de 7 días, entendiéndose desestimada una vez transcurrido dicho plazo.

#### 8428 Procedimiento de revisión de altas derivadas de contingencias profesionales emitidas por las entidades colaboradoras (RD 1430/2009 art.4)

El trabajador puede instar el procedimiento de revisión de altas derivadas de contingencias profesionales en un **plazo** de 10 días naturales siguientes desde que se emitió el alta por los facultativos de la mutua o empresa colaboradora, presentando **solicitud** ante la entidad gestora competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica, por medio del modelo de solicitud sito en la página web del INSS.

El interesado que inicie el procedimiento de revisión debe **comunicarlo a la empresa** el mismo día o en el siguiente día hábil.

La iniciación del procedimiento **suspende** los efectos del alta médica y, por ende, se prorroga la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento manteniéndose el pago delegado de la empresa sin perjuicio de que, posteriormente, puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal.

El INSS o el ISM deben **comunicar a la entidad colaboradora** la iniciación del procedimiento para que en el plazo improrrogable de 4 días hábiles aporte los antecedentes clínicos e informe de la causa del alta. En el caso de que no se remitiera la citada documentación en plazo, se dicta la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado.

La **mutua colaboradora** con la Seguridad Social correspondiente puede pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora.

Asimismo, la **entidad gestora** competente comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los 2 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado.

Igualmente puede ocurrir que durante la tramitación de este procedimiento el trabajador solicite al facultativo del Servicio Público de Salud la **emisión de un parte de baja** derivado de contingencia común. En este caso, el facultativo debe informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar en el plazo de 10 días el proceso de revisión, y si emite el parte de baja, comunicar a la entidad gestora la existencia de dos procesos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados. Asimismo, si la empresa recibe un parte de baja del trabajador emitido por el Servicio Público de Salud debe informar de dicha circunstancia al INSS con carácter inmediato.

Si se emite el parte de **baja por contingencias comunes**, se inicia el abono de la incapacidad temporal por dicha contingencia hasta la fecha de la resolución del procedimiento y, en su caso, con las posibles compensaciones posteriores al INSS y al trabajador.

El procedimiento termina con la **resolución** que debe emitir la entidad gestora en el plazo máximo de 15 días hábiles, a contar desde que se le aporte la documentación de la entidad colaboradora. Dicha resolución se emite previo **informe del Equipo de valoración de las Incapacidades (EVI)**, que debe examinar y valorar el caso concreto. No obstante, si durante la tramitación del procedimiento se llega al mes duodécimo del proceso se debe archivar el procedimiento y el INSS puede acordar cualquiera de estas tres decisiones: prorrogar el proceso, acordar el alta o, en su caso, iniciar un expediente de calificación de la incapacidad permanente ( LGSS art.170.2 ).

La **resolución administrativa** determina la fecha y efectos del alta o el mantenimiento de la baja con los siguientes posibles **pronunciamientos**:

- a) Anular el alta médica con el mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional.
- b) Determinar la contingencia de los procesos concurrentes, sus efectos económicos y las compensaciones que procedan.
- c) Modificar la fecha de efectos del alta médica emitida por la entidad colaboradora.
- d) Confirmar el alta médica emitida considerando indebidamente percibidas las prestaciones que se hubieran abonado a partir de la fecha establecida en la resolución.

Esta resolución tiene efectos de la resolución de una **reclamación previa** por lo que contra la misma cabe interponer **demanda** en el plazo de 20 días hábiles que se computan desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la entidad gestora.

#### 8429 Tramitación (LRJS art.140.3)

Se establecen una serie de reglas al objeto de resolver con celeridad las pretensiones que versen sobre la impugnación de las altas en materia de incapacidad temporal:

**a) El plazo** para presentar demanda es de 20 días que, cuando no sea exigible reclamación previa, se computa desde la adquisición de plenos efectos de alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la entidad gestora.

**b) El proceso** tiene las siguientes **especialidades**:

- la **demanda** se dirige exclusivamente contra la entidad gestora y, en su caso, contra la colaboradora en la gestión, no existe necesidad de demandar al servicio público de salud, salvo cuando se impugne el alta emitida por los servicios médicos del mismo, ni a la empresa salvo cuando se cuestione la contingencia;

- es un procedimiento **urgente** y se le da tramitación preferente;

- el **acto de la vista** ha de señalarse dentro de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia, que no tiene recurso, se dicta en el plazo de 3 días limitándose sus efectos al alta médica impugnada, sin condicionar otros procesos diversos, sea en lo relativo a la contingencia, a la base reguladora, a las prestaciones derivadas o a cualquier extremo;

- no pueden **acumularse otras acciones**, ni siquiera la reclamación por diferencias en la prestación económica por incapacidad temporal, si bien la sentencia que estime indebida el alta dispone la reposición del beneficiario en la prestación que hubiera venido percibiendo, en tanto no concurra de extinción de la misma, por el transcurso del tiempo por el que hubiera sido reconocida o por otra causa legal de extinción.

## L. Conflictos colectivos

(LRJS art.153 a 162)

**8435** Se tramitan a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal o fuente de carácter colectivo estatutaria, extraestatutaria o decisión empresarial.

Procede la interposición del conflicto colectivo en demandas que se refieran a **conflictos jurídicos** -no económicos o de intereses-, y ha de tratarse de conflictos colectivos- no individuales ni plurales-.

Las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: uno subjetivo, integrado por la referencia a **la afectación de un grupo genérico de trabajadores**, entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un **interés general**, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general ( TS 17-7-08, EDJ 187560 ; 4-7-02, EDJ 32047 ).

Ha de tratarse, además, de demandas que versen sobre la **aplicación e interpretación** de una norma estatal, convenio colectivo cualquiera que sea su eficacia, pacto o acuerdo de empresa, o de una decisión o práctica de empresa ( LRJS art.153 ). Asimismo, se aplica el procedimiento cuando la controversia verse sobre **acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependiente**.

Finalmente, también se tramita en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los **laudos arbitrales** sustitutivos de estos.

Pertencen también al **objeto** de este proceso y se tramitan mediante el mismo, los conflictos jurídicos que versen sobre:

**a)** Con peculiaridades, la impugnación de convenios colectivos cuando pretendan la misma directamente las partes legitimadas, sin que quepa la acumulación de las acciones de conflicto colectivo y de impugnación de convenios colectivos ( TS 10-5-95, EDJ 2532 ).

**b)** La impugnación de convenios colectivos extraestatutarios y la impugnación de acuerdos específicos de la función pública ( TS 24-11-95, EDJ 6599 ).

**c)** La impugnación de los acuerdos interpretativos de comisiones paritarias sobre el convenio colectivo se sustancian a través de esta modalidad sobre conflictos colectivos y no por el de impugnación de convenios ( TS 20-5-04, EDJ 63891 ).

**d)** La impugnación de las decisiones empresariales sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de la jornada, cuando las partes puedan plantear demanda de conflicto colectivo; y en suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción de carácter colectivo ( ET art.47 y 51.1 ).

**e)** La impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo ( TS 19-2-09, EDJ 22965 ; AN 26-1-11, EDJ 4521 ).

Quedan **excluidas del objeto del proceso** las decisiones empresariales de despidos colectivos ( LRJS art.124 y art.153 ).

#### 8437 Procedimiento

(LRJS art.154 a 162)

Se trata de un proceso que presenta sin duda paralelismos con la modalidad procesal para la impugnación de convenios colectivos.

Hay dos **vías procesales** para iniciar un conflicto colectivo:

- mediante demanda (nº 8438 );
- de oficio (nº 8439 ).

Cualquiera que sea la forma de iniciación, de recibirse en el juzgado o tribunal comunicación de las partes de haber quedado **solventado el conflicto**, se procede por el letrado de la Administración de Justicia sin más al archivo de las actuaciones, cualquiera que sea el estado de su tramitación anterior a la sentencia ( LRJS art.162 ).

#### 8438 Iniciación mediante demanda

(LRJS art.157)

Este proceso puede iniciarse mediante demanda, dirigida al juzgado o tribunal competente, en la que además de los requisitos generales de la demanda ( LRJS art.80 ) deben constar los siguientes **extremos**:

- la designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto;
- cuando se formulen pretensiones de condena que, aunque referidas a un colectivo genérico, sean susceptibles de determinación sin necesidad de un nuevo litigio, han de consignarse los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas;
- la designación concreta del demandado o demandados, con expresión del empresario, asociación empresarial, sindicato o representación unitaria a quienes afecten las pretensiones ejercitadas;
- una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada: la demanda se formula por escrito y ha de cumplir, entre otros, el requisito de contener una enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas ( TS 22-10-92, EDJ 10319 );
- las pretensiones interpretativas, declarativas, de condena o de otra naturaleza concretamente ejercitadas según el objeto del conflicto.

A esta demanda debe acompañarse **certificación de haberse intentado la conciliación o mediación previa** o alegación de no ser necesaria esta. Lo acordado en conciliación tiene la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos ( ET art.82 ), pero no tiene la naturaleza propia de un convenio estatutario, si no se registra y publica como tal. En tal caso, debe enviarse copia de la misma a la autoridad laboral. En el caso de los **trabajadores autónomos económicamente dependientes**, el acuerdo alcanzado tiene la eficacia correspondiente a los acuerdos de interés profesional ( L 20/2007 art.13 ; LRSJ art.156).

En el caso de **demandas individuales**, en la fase de preparación, la LRJS en los actos preparatorios incluye en diligencias preliminares ( LRJS art.76 ), que quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean

fácilmente determinables. El tribunal debe adoptar para ello las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

La pretensión contenida en el **suplico** puede ser interpretativa, declarativa o de condena, en cuyo caso debe contener las precisiones citadas más arriba -datos, características y requisitos precisos para la posterior individualización de los afectados en el conflicto- pidiéndose además la repercusión concreta sobre los mismos que se pretenda, así como una petición de condena al respecto ( LRJS art.157.1.d ).

#### Precisiones

No cabe reclamar mediante el procedimiento de conflicto colectivo una **indemnización por incumplimiento de las cláusulas obligacionales del convenio**, en tanto que las mismas no afectan a un colectivo genérico de trabajadores, que es el requisito constitutivo para demandar a través de este procedimiento ( TS 2-6-11 ).

#### 8439 Iniciación de oficio

(LRJS art.158)

El conflicto también se inicia mediante comunicación de la autoridad laboral -que tiene el contenido expuesto para la demanda- al órgano judicial. Para ello, los sujetos legitimados para promover conflictos colectivos deben haber seguido previamente ante dicha autoridad laboral el **procedimiento administrativo** de formalización del conflicto ( RDL 17/1977 art.21 a 26 ).

El letrado de la Administración de Justicia, en este caso, ha de advertir a la autoridad laboral de los **defectos u omisiones** que pudiera contener la comunicación, a fin de que se subsanen en el plazo de 10 días.

#### 8440 Legitimación

Únicamente están legitimados los sujetos colectivos, lo que supone la exclusión de los trabajadores individuales de la legitimación activa y pasiva. Y aunque ese **interés** puede llegar a afectar de manera individualizada a cada trabajador, este queda comprendido en tal modalidad procesal y sin que esta exclusión pueda entenderse vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador individual para quien queda en todo caso abierta la vía del procedimiento ordinario para la tutela de sus derechos e intereses legítimos ( TCo 12-1-09 ).

Sí se reconoce en cambio legitimación, pese a su carácter individual, al **empresario**, si bien solo en conflictos de empresa e inferiores ( TS 26-12-97, EDJ 10612 ).

Son **sujetos colectivos** legitimados:

- los **sindicatos** cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto ( Const art.7 y 28 ), de los que hay que entender que tienen genéricamente capacidad para representar a los trabajadores, y por tanto pueden promover los procedimientos de conflicto colectivo que tengan por objeto la reinterpretación de un convenio colectivo, pues resulta obvio que quienes pueden intervenir en la negociación de un convenio deben poder plantear un conflicto sobre el mismo ( TCo 70/1982 ; 37/1983 ; LOLS art.2.2 d );

- las **asociaciones empresariales** ( Const art.7 ) cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa ( LRJS art.153 y 154 );

- los **empresarios** y los **órganos de representación legal o sindical** de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior: los representantes unitarios -comités de empresa, delegados de personal o comité intercentros ( ET art.62 , 63 y 65 ) -y los representantes sindicales- secciones sindicales y delegados sindicales ( LOLS art.8 y 10 )-;

- las **Administraciones públicas** empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores;

- las **asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes** y los **sindicatos representativos** de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de estas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto.

No cabe extender la legitimación a meras **asociaciones sometidas al régimen común** ( TS 3-6-96, EDJ 3569 ), ni a otras entidades como, por ejemplo, las **entidades gestoras** de la Seguridad Social ( TS 13-7-09, EDJ 217627 ), ni a la **comisión paritaria** del convenio ( TCT 23-5-83 ).

Tampoco se concede capacidad procesal en estos procesos a las **asambleas de trabajadores** o a grupos o representaciones de trabajadores elegidos ad hoc aunque pertenezcan al mismo sindicato como comisiones de

trabajadores ( TS 1-10-02, EDJ 37389 ) o a trabajadores elegidos por sus compañeros en asamblea ( TSJ Cataluña 12-9-01, EDJ 38452 ).

#### Precisiones

La delimitación se realiza en atención al ámbito de las materias sobre las que pudiera versar el conflicto colectivo, debiendo considerarse el **principio de correspondencia de ámbitos**, según el cual, solo están legitimados para promover el litigio aquellos sujetos cuyo ámbito de actuación coincida o sea más amplio que el del conflicto. En relación con la no siempre fácil delimitación del ámbito del conflicto hemos de tener presente que el área a que se extiende la norma aplicable no es el único criterio para identificar el órgano que ha de conocer del conflicto planteado con motivo de su interpretación o aplicación puesto que, si bien la **controversia jurídica** no puede plantearse en un ámbito territorial superior al de la norma, el conflicto puede tener un área de afectación coextensa con la de la norma o producirse en una más reducida. Es decir, la aplicación de una norma puede plantear controversias en todo su ámbito de aplicación, en cuyo caso será órgano competente para resolverlas el que tenga una extensión territorial igual o superior al de la misma, pero también es posible que el conflicto afecte a un área inferior, en cuyo caso será conocido por el órgano judicial competente en el ámbito de afectación del conflicto ( TS 6-7-94 ). El **ámbito del conflicto** se determina por el área territorial y funcional donde efectivamente surge la controversia, lo que enlaza con el ya comentado requisito de que el objeto del proceso de conflicto colectivo debe versar sobre una discrepancia real y actual.

#### 8442 Legitimación activa

(LRJS art.154 y 155)

En atención al ámbito de las materias sobre las que verse el conflicto hemos de diferenciar:

**1. Conflicto de empresa o ámbito inferior:** están legitimados por parte de los trabajadores sus órganos de representación legal o sindical, esto es, el doble canal de representación:

**a) Sindicato** con suficiente implantación en este ámbito, secciones y delegados sindicales. En cuanto al sindicato, su ámbito de actuación se ha de corresponder o ser más amplio que el del conflicto, aunque la jurisprudencia exige, además, un cierto grado de implantación en dicho ámbito, y así se ha descartado que esté legitimado para impugnar un acuerdo de modificación de condiciones en una empresa de más de 1.000 trabajadores, conformada por la absorción de varias empresas, un sindicato que solo acredita la existencia de una sección sindical, a la que solo está adherido un trabajador ( TS 6-7-11 ).

**b) Comité de empresa o delegados de personal.** En el caso de empresa con varios centros de trabajo de afectar el conflicto a varios de los centros o a todos, de existir, estaría legitimado el comité intercentros, y su ausencia legitima a los comités si bien actuando conjuntamente ( TS 19-12-94, EDJ 10289 ).

Están legitimados **por parte del empresario** este o su representante ( LRJS art.154 c ).

**2. Conflicto multiempresarial:** están legitimados **por parte de los trabajadores**, los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, y se reconoce aun cuando no hayan negociado el convenio de cuya interpretación versa el conflicto ( TS 8-11-94, EDJ 24195 ). El **sindicato** debe cumplir el requisito de relación directa con el objeto del litigio ( AN 18-5-17, EDJ 98472 ); no es necesario, sin embargo, que el sindicato tenga presencia en todos los centros afectados ( TS 7-6-17, EDJ 115994 ). No corresponde a los órganos de representación unitaria o sindical de los trabajadores.

Por parte de los **empresarios**, están legitimadas las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.

#### 8443 Legitimación pasiva

Corresponde a las representaciones de todos los **afectados** por el conflicto. Por lo tanto, el demandante debe demandar a todos los afectados por el pronunciamiento que recaiga ( TCT 3-4-84 ; 14-1-86 ).

#### Precisiones

**1)** De esta forma manera si **se impugna un plan de igualdad** porque no participó en su negociación un sindicato que acreditaba el 10% de los representantes unitarios, se estima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que se acreditó que el sindicato que no firmó inicialmente el Plan, se adhirió posteriormente al mismo formando desde entonces parte de sus comisiones, ya que dicho sindicato está interesado objetivamente en el resultado del juicio, siendo obligada su presencia para asegurar su tutela judicial efectiva ( AN 15-7-11 ).

**2)** Si se impugnan **convenios o pactos extraestatutarios** debe demandarse a quienes los negociaron, pero no es preciso demandar al comité intercentros que pactó el acuerdo sobre precio hora, si no se pide la nulidad del acuerdo, sino una interpretación determinada ( AN 24-3-09 ). Del mismo modo, si en el conflicto colectivo se reclama una declaración sobre cesión ilegal de trabajadores, no es necesario demandar a una empresa matriz cuya condena no se solicita ( TSJ Sevilla 14-4-11 ).

**3)** No es necesario, por ejemplo, demandar a una **compañía de seguros** que aseguró en su momento la mejora voluntaria de la Seguridad Social controvertida pero que dejó de hacerlo posteriormente ( AN 3-4-08 ), ni debe demandarse a la asociación patronal firmante del convenio, cuando la interpretación del precepto convencional afecta únicamente a la empresa demandada ( AN 15-6-09 ; 16-2-11 ), ni es necesario demandar a los comités de empresa en demanda de conflicto colectivo en la que se pretendía que la empresa pasara por la comisión disciplinaria antes de imponer una sanción, porque en el proceso de conflicto colectivo, a diferencia del procedimiento de impugnación de convenio, no es exigible demandar a todas las partes que negociaron el convenio, siendo exigible únicamente la parte o partes que se verían afectadas por la eventual condena ( TS 20-1-11, Rec 93/10 , confirma AN 12-4-10 ).

#### 8445 Tramitación

(LRJS art.159 y 160)

El proceso de conflicto colectivo tiene **carácter urgente**. La preferencia en el despacho de estos asuntos es absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. La urgencia en la tramitación no supone, sin embargo, la supresión del trámite de la conciliación o mediación previa, aunque sí incide en el acortamiento de determinados plazos, en la consideración del mes de agosto como hábil ( LRJS art.43 ) o en la eliminación de los recursos no devolutivos, como después se indicará.

En cuanto al **momento de ejercitar la acción**, puede realizarse mientras esté vigente la disposición colectiva sobre la que verse la controversia.

Es posible la **acumulación de acciones**, así como la reconvencción siempre y cuando las pretensiones que se acumulen sean las correspondientes al proceso colectivo y no se vulneren las normas generales para la acumulación. No cabe, por tanto, cuando se ejercitan dos acciones, una declarativa de conflicto colectivo y otra de condena ( TS 31-10-00 ) o cuando se impugna un convenio y se pretende la exclusión de los demandados de su ámbito de aplicación ( TS 11-10-07 ).

Admitida la demanda o la comunicación de la autoridad laboral, el **juicio**, tras la citación a las partes por el letrado de la Administración de Justicia, ha de celebrarse en única convocatoria, dentro del plazo de los 5 días siguientes a la admisión a trámite de la demanda, frente al plazo ordinario de 10 días. La celebración del acto del juicio en única convocatoria y su carácter urgente parecen limitar la posibilidad de la suspensión del juicio.

Contra las resoluciones que se dicten en el curso del procedimiento, en fase de cognición, no cabe **recurso** alguno salvo contra el auto por el que el órgano judicial se declare incompetente ( LRJS art.161 ). pudiendo interponerse recurso de suplicación ( LRJS art.191.4 a ) o de casación ( LRJS art.206.2 ).

Por el contrario, en **fase de ejecución**, cabe el recurso de queja, previo al de reposición ( LEC art.495.1 ), contra el auto denegatorio del recurso de suplicación que se trate de interponer contra el que resuelve la ejecución de sentencia en materia de conflicto, cuando esta fuere posible (Auto TCT 29-10-85 ).

#### 8446 Sentencia

(LRJS art.160 y 303 )

La sentencia debe dictarse dentro del **plazo** de los 3 días siguientes a la finalización del acto del juicio y se **notifica**, además de a los representantes de los trabajadores, a la autoridad laboral competente, si el proceso se inició mediante su comunicación. La sentencia es **ejecutiva** desde el momento en el que se dicte, aunque pueda ser recurrida.

La sentencia **contiene** una relación expresa y clara de los hechos probados, debiendo advertir, sobre los recursos procedentes y el plazo para ejercitarlos ( LRJS art.97.4 ).

Si la sentencia es **estimatoria** de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, debe contener, en su caso, la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Asimismo, debe contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente ( LRJS art.160.3 ).

#### Precisiones

Pese al carácter urgente del proceso, **no** pueden pronunciarse **sentencias de viva voz** en los procesos de conflicto colectivo, al proceder contra las mismas recurso de suplicación, por lo que las sentencias colectivas habrán de dictarse siempre por escrito ( LRJS art.50.1 y art.191.3 ).

Finalmente, recordar que las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo deben ser objeto de **inscripción** en los registros de convenios y acuerdos colectivos, correspondiendo la solicitud de la inscripción a la parte legitimada que interpuso el conflicto ( RD 713/2010 art.2.3 b y 6.2 f ).

8447 Finalmente, en cuanto a la **naturaleza de las sentencias** dictadas en los procesos de conflicto colectivo ( LRJS art.160.5 y 6 ):

1. La **función y objeto** propios de los procesos por conflictos colectivos, consistente en la interpretación de la normativa preexistente, explican la naturaleza declarativa y cuasi-normativa de las sentencias que en los mismos recaen ( TS 21-12-90 ). Ello comporta que, en cuanto órgano jurisdiccional especializado, la interpretación judicial se incorpora a la norma a efectos de ser aplicada en los conflictos singulares ( TCT 1-12-86 ) y la resolución del conflicto colectivo vincula a posibles y ulteriores reclamaciones individuales ( TCT 13-1-87 ), siendo su finalidad desvanecer una incertidumbre jurídica surgida entre las partes, enfrentadas a la hora de interpretar o aplicar una norma preexistente, legal o convenida colectivamente ( TCT 27-4-88 ; TS 21-12-90 ). Por ello, en primer lugar, la interpretación que da la sentencia a la norma, convenio o práctica empresarial interpretada se incorpora a ella formando con ella un cuerpo inseparable, asumiendo su rango y desplegando su eficacia respecto de todos los colectivos que han actuado en el pleito. Son, por lo tanto, sentencias normativas.

2. Su **contenido** es el propio de una sentencia declarativa general. Esta nota implica las siguientes **consecuencias**:

a) La sentencia firme produce **efectos de cosa juzgada** sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objeto, o en relación de directa conexidad con aquel, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. Se diferencian, de este modo, los **efectos negativos** de la cosa juzgada de los **positivos**, ya que en los procesos de conflicto colectivo la identidad subjetiva no la constituyen los sujetos colectivos demandantes, sino los trabajadores afectados por el conflicto colectivo ( TS 20-1-11 ) que quedan en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpe la **prescripción** de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto. La **suspensión de los procesos individuales** se acuerda aunque hubiera recaído sentencia de instancia y estuviera pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiera invocado aquella como sentencia contradictoria.

Si sobre una determinada materia se han dictado **sentencias en procesos individuales** absolviendo al empresario y, posteriormente, se sigue un proceso colectivo sobre el mismo tema, aun siendo admisible la demanda colectiva, si en este último se condena al empresario, este no tendrá que satisfacer las reclamaciones de que quedó exento por las sentencias absolutorias dictadas en los anteriores pleitos individuales ( TCT 20-6-85 ).

b) **No** puede pretenderse la **directa ejecución** de este tipo de sentencias, sino que para ello debe acudir al pertinente procedimiento en el que la individualizada pretensión de condena se fundamenta en el pronunciamiento declarativo que hubiese dado fin al proceso colectivo ( TS 21-12-90 ; Auto AN 13-1-90 ). Se ha permitido, no obstante, la ejecución directa de las sentencias declarativas que ponen fin al conflicto ( TCo 92/1988 ; 178/1996 ).

c) Se **interrumpe la prescripción** de la acción individual sobre la misma cuestión ( TS 26-7-94 ; 12-6-00 ; 13-7-01 ); sin embargo, no cabe estimar que el proceso colectivo interrumpe el plazo prescriptivo de la acción individual cuando aquel se inicia una vez extinguida la relación de trabajo en que se basaba la pretensión individual ( TS 16-5-96 ).

d) Las sentencias de conflicto colectivo deben ser admitidas como **sentencias de contraste** en los recursos de casación para unificación de doctrina ( TS 14-7-00 ; 5-10-00 ).

e) Las sentencias de conflicto colectivo, que suelen ser declarativas, despliegan sus **efectos** desde el momento en el que se dictan ( AN 10-1-17, EDJ 3628 ).

## M. Impugnación de convenios colectivos

(LRJS art.163 a 166 )

8450 El proceso de impugnación de convenios colectivos tiene por objeto asegurar la adecuación de los convenios colectivos a las disposiciones estatales de carácter imperativo. La acción confronta el precepto estatal de naturaleza imperativa con un convenio colectivo con la finalidad de eliminar, de una vez por todas y con efectos *erga omnes*, el convenio colectivo aquejado de nulidad.

El **objeto del proceso** se circunscribe a las pretensiones de nulidad total o parcial del convenio colectivo o acuerdo o de los laudos arbitrales sustitutivos de estos y, por tanto, aquellas acciones judiciales que persiguen un control judicial de los convenios colectivos pero no cuestionan la validez del convenio colectivo, sino que únicamente pretenden la adopción de un determinado criterio interpretativo o aplicativo frente a otros posibles no se deben tramitar a través



de este proceso de impugnación de convenios colectivos. Tampoco se puede tramitar a través del proceso la acción que pretenda la inaplicación singular del convenio colectivo pues los efectos de la sentencia se circunscriben a los que hayan sido parte uti singuli en el correspondiente proceso.

El proceso de impugnación del convenio colectivo trae su causa y constituye el desarrollo procesal del precepto que establece que si la **autoridad laboral** estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, debe dirigirse de oficio a la jurisdicción competente, la cual ha de adoptar las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes ( ET art.90.5 ).

Junto a la impugnación de oficio por parte de la autoridad laboral mediante comunicación al órgano judicial, por propia iniciativa ( nº 8454 ) o a instancia de parte interesada ( nº 8456 ), se reconoce otra vía de impugnación, esta vez a **instancia de parte**, directamente por los sujetos colectivos o terceros lesionados ( LRJS art.165 ).

La impugnación de convenios, a instancia de parte debe hacerse por los **trámites** del conflicto colectivo. Esta afirmación puede conducir a cierta confusión llevando a pensar, erróneamente, que se trata de una identificación de ambos procesos -de impugnación de convenios y de conflicto colectivo- o que se trata de una remisión en bloque a la modalidad de conflicto colectivo como la adecuada para la impugnación de convenios a instancia de parte. No es esta la finalidad de la norma ya que se trata de dos modalidades procesales independientes y la remisión lo es únicamente a efectos de la aplicación de determinados trámites y en ese sentido se pronuncia la jurisprudencia ( TS 10-5-95 ; 25-3-97 ; 9-5-98 ; 14-4-00 ).

En relación con la **delimitación del objeto** de ambos procesos, cuando se solicite la **anulación de los preceptos de un convenio**, la modalidad procesal adecuada es la de impugnación de convenios colectivos, y cuando se trate de determinar la **interpretación del convenio**, la modalidad adecuada es la de conflicto colectivo ( nº 8435 s. ).

#### 8452 Acuerdos susceptibles de impugnación a través de esta modalidad procesal

Las previsiones de la LRJS son de aplicación en la impugnación de:

**1) Los convenios colectivos estatutarios** ( ET Título 3º ). Han de considerarse incluidos en esta categoría de convenios colectivos estatutarios e impugnables por esta vía:

- el acuerdo de revisión del convenio colectivo previsto implícitamente en el ET art.86.1 , acuerdo de revisión de una parte del convenio colectivo que vence su vigencia con anterioridad a la del resto del convenio y que constituye una novación parcial del mismo ( TCo 73/1984 );
- los acuerdos interprofesionales y los acuerdos sobre materias concretas (ET art.83.2.3 );
- el acuerdo de adhesión a un convenio colectivo en vigor ( ET art.92.1 ; TS 23-9-97 ; 20-10-97 ; 2-4-98 ).

La **impugnación de oficio** por parte de la autoridad laboral solo es posible en relación a los convenios colectivos estatutarios.

#### Precisiones

La LPL incluía en el anterior art.163 LPL la referencia a la impugnación a instancia de parte de convenios colectivos cualquiera que fuera su eficacia. Esto dio pie a considerar en el objeto de este proceso la impugnación de los **convenios colectivos extraestatutarios** y ello con reiterada doctrina jurisprudencial que lo sostenía ( TS 15-5-02 ; 21-2-06 ; 26-1-10 ), Sin embargo, conscientemente, el legislador ha hecho desaparecer de la regulación legal las palabras «cualquiera que sea su eficacia», lo que supone que únicamente cabrá la impugnación por esta vía de los convenios colectivos estatutarios y no los extraestatutarios, pudiéndose acudir para atacarlos al conflicto colectivo por la interpretación o aplicación de alguna o varias de sus cláusulas.

**2) Los laudos arbitrales o acuerdos logrados en procedimientos de mediación** para la solución de conflictos colectivos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos ( LRJS art.156.2 ). Asimismo, son impugnables por este procedimiento los laudos resultantes de compromisos arbitrales suscritos en el curso de conflictos surgidos ( ET art.85.1 y 91 ): en el periodo de consultas en materia de movilidad geográfica ( ET art.40 ); modificación sustancial de condiciones de trabajo ( ET art.41 ); suspensiones de contrato ( ET art.47 ) o despido colectivo ( ET art.51 ). También los acuerdos de adhesión ( ET art.92.1 ) y los acuerdos que ponen fin a una huelga y los laudos arbitrales de fin de huelga. La misma eficacia ha de otorgarse a los acuerdos resultantes de la conciliación o mediación en conflictos colectivos que cuenten con la legitimación suficiente ( LRJS art.156.2 ).

**3) Los acuerdos de la comisión paritaria** también se impugnan mediante este procedimiento debido a su naturaleza ( TS 4-11-15, EDJ 225456 ).

**4) Finalmente**, son también impugnables por esta vía, si bien solo a instancia de parte y no de oficio por la autoridad laboral, los **acuerdos de empresa** que operan en defecto de regulación de la materia por convenio colectivo previstos a lo largo del articulado del Estatuto de los Trabajadores ( ET art.22.1, 24.1, 29.1, 34.2, 34.3, 67.1 ), así como los

acuerdos reguladores en casos de traslados ( ET art.40 ), modificación de condiciones ( ET art.41 ). En cambio, el **acuerdo con los representantes** en el caso de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ( ET art.47 ) ha de tramitarse por la vía del conflicto colectivo ( LRJS art.153 ).

#### Precisiones

La **falta de impugnación directa de un convenio colectivo** no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos ( LRJS art.163 ).

#### 8454 Impugnación de oficio de los convenios colectivos estatutarios por la autoridad laboral

Como ya se ha señalado, la impugnación del convenio colectivo estatutario puede promoverse de oficio mediante comunicación al órgano judicial competente de la autoridad laboral -que puede ser estatal o autonómica en función del ámbito territorial del convenio-, cuando en el ejercicio de sus funciones estime que el convenio **conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros**.

La comunicación cumple las funciones de una **demanda**.

La **actuación** de la autoridad laboral puede producirse:

**a) Por propia iniciativa**, como demandante, cuando el convenio colectivo aún no esté registrado y publicado o, estimando alguna sentencia, también procede la impugnación de oficio cuando el convenio ya esté registrado y publicado, sin que la impugnación en este caso esté sujeta a plazo preclusivo alguno ( TS 31-3-95 ). Esta postura cuenta con opinión en contra de algún sector doctrinal que defiende que la impugnación de oficio, al tratarse de control de la legalidad, solo cabe de forma previa, pero no posterior al registro (Alarcón Caracuel).

**b) A iniciativa de terceros reclamantes**, representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios que aleguen la ilegalidad del convenio, o terceros denunciante de la lesividad del convenio, que habrán de solicitar a la autoridad laboral su comunicación de oficio, siempre y cuando el convenio no se encuentre aún registrado ( LRJS art.163.2 ).

La **autoridad laboral competente** para la impugnación es la competente por el ámbito de aplicación del convenio para su registro y depósito. En el caso de estar transferida la competencia a la comunidad autónoma, la autoridad competente es la autoridad laboral correspondiente a la misma, sin que quepa reconocer legitimación para la impugnación directa de oficio de convenios al delegado del Gobierno en la comunidad autónoma ( TS 9-4-03 ), aunque sí mantendrá la legitimación para la impugnación de convenios por lesividad, sin intervención directa como autoridad laboral, sino con título de intervención más general ( TS 10-6-03 ). Cuando la impugnación proceda de la autoridad laboral y no hubiera denunciante, también debe ser citado la representación legal de dicha autoridad ( LRJS art.164.5 ).

Pueden ser **denunciante** ( LRJS art.164.5 ) los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios que sostengan la ilegalidad del mismo o los terceros lesionados. Constituye un concepto aparentemente más restringido que el de los legitimados para la impugnación directa por ilegalidad ( LRJS art.165 a ); sin embargo, el Tribunal Supremo extiende aquel concepto al interpretar que las referencias subjetivas de ambos preceptos han de entenderse realizadas a los mismos sujetos ( TS 10-2-02 ).

Están **legitimados** los sindicatos, los representantes unitarios -delegados de personal, comité de empresa-, las secciones sindicales y los delegados sindicales. Se excluye a los trabajadores individuales, a quienes la jurisprudencia de forma reiterada declara excluidos para la acción de impugnación de los convenios colectivos, postura avalada por el propio Tribunal Constitucional que no entiende que con esta exclusión se lesione el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador individualmente considerado.

En cuanto al **procedimiento** a seguir, la impugnación se promueve de oficio mediante la comunicación de la autoridad laboral, que surte los efectos de una demanda y abre el proceso judicial que se seguirá con las partes.

A la comunicación-demanda ha de acompañarse la siguiente **documentación**: el convenio impugnado y tantas copias del mismo como partes haya en el proceso, más una adicional para el Ministerio Fiscal.

Son **parte** ( LRJS art.164.4 ) y han de fijar en el acto del juicio su posición respecto a la impugnación: las representaciones de trabajadores y empresarios que formen parte de la comisión negociadora del convenio, los terceros perjudicados y, en su caso, los representantes unitarios y sindicales que, aún sin haber integrado la comisión negociadora, hayan denunciado la ilegalidad o lesividad del convenio ante la autoridad laboral competente.

El **Ministerio Fiscal** debe ser oído necesariamente y la autoridad laboral ostenta la calidad de parte, representada por el abogado del Estado si se trata de la autoridad laboral de la Administración central y por el letrado designado y habilitado para su representación.

**8455** La **comunicación de oficio** que sostenga la **ilegalidad del convenio** de la autoridad laboral ha de contener los requisitos siguientes **extremos** ( LRJS art.164.1 ):

- la concreción de la legislación y los extremos de ella que se consideren conculcados por el convenio;
- una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la ilegalidad;
- la relación de las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio impugnado.

La comunicación de oficio que sostenga la **lesividad del convenio** ha de contener, además de la relación de las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio impugnado, la relación de los terceros reclamantes perjudicados que alegan lesividad con indicación del interés de los mismos que se trata de proteger ( LRJS art.164.2 ).

El letrado de la Administración de Justicia debe advertir a la autoridad laboral de los **defectos, omisiones o imprecisiones** de carácter formal que pudiera contener la comunicación, a fin de que se subsanen en el plazo de 10 días.

**No cabe conciliación previa, ni reclamación administrativa previa.**

**8456** **Impugnación directa a instancia de parte de los convenios colectivos**

Cuando la autoridad laboral no remite de oficio el convenio colectivo, pacto o acuerdo al órgano jurisdiccional, existe una vía de impugnación directa para cualquier persona o entidad legitimada, «siguiendo los **trámites** del conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional», expresión de la que ya determinamos no supone la confusión de ambos procedimientos -de impugnación de convenios colectivos y de conflicto colectivo-, sino la remisión a determinados trámites del proceso de conflicto colectivo cuando no haya regulación específica ( TS 15-2-93 ; 25-3-97 ; 2-4-98 ).

**8457** En cuanto al listado de **sujetos legitimados** para esta impugnación directa, que se considera *numerus clausus* ( TS 18-12-95 ), se reconoce legitimación activa ( LRJS art.163 ):

**1.** Si la impugnación se fundamenta en la **ilegalidad del convenio**, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas.

Ha de entenderse por asociaciones empresariales interesadas aquellas cuyos miembros pueden verse afectados en alguna medida por el convenio que tratan de impugnar y ello aún cuando no tuvieran legitimación para negociarlo ( TS 3-4-06 ).

A diferencia de lo que sucede en el proceso de conflicto colectivo, no se exige jurisprudencialmente correspondencia entre la **implantación** del sujeto legitimado y el ámbito del conflicto, teniendo de esta forma cabida la impugnación por parte, por ejemplo, de sindicatos de comunidades autónomas que han sido rechazados de la negociación de un convenio colectivo nacional ( TS 15-3-93 ). Es la vía utilizada para la impugnación por parte de un sindicato del convenio negociado por el comité de empresa ( TS 1-6-96 ). Ocurre lo mismo respecto a los empresarios, habiéndose admitido la legitimación de una asociación profesional provincial para impugnar un convenio nacional ( TS 15-2-93 ). No es por tanto de aplicación el principio de correspondencia, sino el principio de interés.

Se reconoce asimismo legitimación para la impugnación fundamentada en la ilegalidad del convenio al **Ministerio Fiscal**, a la Administración General del Estado y a la Administración de las comunidades autónomas en su respectivo ámbito. A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el **Instituto de la Mujer** y los organismos correspondientes de las comunidades autónomas ( LRJS art.165.1 a ).

**2.** Si el motivo de la impugnación fuera la **lesividad del convenio**, a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado.

Sin embargo, **no se considera terceros** a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, ni a sus representaciones ( TS 26-12-02 ; 2-3-07 ). Se excluye asimismo de los sujetos legitimados a las asociaciones de pensionistas ( TS 11-3-97 ), asociación de viudas ( TS 6-6-01 ) o pensionistas individualmente considerados ( TS 9-9-99 ).

Por lesividad, están legitimados, por ejemplo, el FOGASA ( TS 27-7-93 ) o un colegio Profesional que considera el convenio lesiona los intereses de los profesionales por él representados ( TS 15-3-93 ).

En cuanto a la **legitimación pasiva**, están pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio ( LRJS art.165.2 ), siendo necesaria la presencia en el proceso de todas las partes que negociaron el convenio ( TS 10-11-88 ; 14-7-00 ).

El **Ministerio Fiscal** es parte siempre en estos procesos ( LRJS art.165.4 ) y adoptará la posición de demandante o demandado, según el interés que defienda en el proceso.

Las impugnaciones por ilegalidad y por lesividad se dice que son **acumulables** ( TS 8-11-99 ). Sin embargo, a la acción de impugnación del convenio colectivo no puede acumularse ninguna otra y genera la excepción de **litispendencia** respecto de las demandas individuales sobre la aplicación del convenio colectivo impugnado ( TS 24-12-97 ) que se han tramitado por el procedimiento ordinario, que es el procedimiento adecuado contra los actos de aplicación del convenio.

#### 8459 Procedimiento

Pese a la remisión a los trámites del proceso de conflicto colectivo, **no** resulta necesaria la **conciliación preprocesal** previa ni la reclamación administrativa.

Tanto para la iniciación de oficio como a instancia de parte, se establecen las **especialidades** respecto al proceso de conflicto colectivo ( LRJS art.166 ) en virtud de los cuales:

- admitida a trámite la comunicación de oficio o la demanda, el letrado de la Administración de Justicia señala para juicio, citando a las partes y al Ministerio Fiscal;
- en su comparecencia a juicio, las partes han de alegar en primer término la postura procesal que adopten, de conformidad u oposición, respecto de la pretensión interpuesta.

Concluido el acto del juicio, la **sentencia** se dicta dentro de los 3 días siguientes, se comunica a la autoridad laboral y es ejecutiva desde el momento en que se dicta, no obstante el recurso que contra ella pudiera interponerse.

#### 8461 Efectos

El órgano judicial debe adoptar las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes, lo que conlleva que cabe la **anulación total o parcial del convenio** ( ET art.90.5 ) y cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio colectivo impugnado y este hubiera sido publicado, también se publicará la sentencia en el Boletín Oficial en que aquel se hubiera insertado ( LRJS art.166.3 ).

Cuando se aprecien anomalías y **parte del convenio** se reputa **ilegal o lesivo**, no corresponde al juez el establecer cláusula alternativa en lugar del precepto anulado, correspondiendo esta tarea a las partes en **una nueva negociación**, que es el cauce adecuado para su posible revisión ( TCo 171/1989 ). También es posible que se proponga y acepte por las partes una nueva redacción en conciliación judicial que subsane los vicios apreciados.

La existencia de una **cláusula de vinculación a la totalidad** del convenio colectivo no impide las impugnaciones parciales o de preceptos concretos del mismo. Señala al respecto el Tribunal Constitucional que es claro que el carácter unitario y orgánico del convenio puede resultar menoscabado de no ser observado el pacto en toda su integridad. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, por encima de esta situación de equilibrio interno producto del pacto, están las normas de derecho necesario y, muy señaladamente, los principios y derechos constitucionales que constituyen un límite infranqueable a la transacción colectiva ( TCo 19-7-93 ).

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ante un supuesto de impugnación de la legalidad de una cláusula retributiva de un convenio colectivo ha señalado que, aunque contiene una cláusula de la vinculación a la totalidad del régimen retributivo que se establece en el capítulo económico, ello no impide ni puede impedir las impugnaciones parciales o de preceptos concretos que infrinjan claramente normas de derecho necesario ( TS 11-6-01 ).

La sentencia **anulatoria de todo o parte** del convenio impugnado tiene efectos *erga omnes* que hace inatacable la decisión en otro proceso, de forma similar a como ocurre con la anulación de una disposición de carácter general, y ello aunque se planteen problemas en relación con los principios de audiencia y defensa, dada la inexistencia de un sistema de publicidad del proceso a efectos de una eventual personación de posibles interesados.

Si por el contrario la sentencia es **desestimatoria** de la pretensión impugnatoria, el Tribunal Supremo considera que podría sostenerse que el fallo absolutorio, a diferencia del que acoge la pretensión anulatoria, no cierra necesariamente un debate posterior promovido por otra parte ( TS 18-5-98 ).

Una vez firme la sentencia produce **efectos de cosa juzgada** sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso ( LRJS art.166.2 ). Posee el efecto de cosa juzgada propio de las sentencias normativas.

## N. Impugnación de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales y de su modificación

(LRJS art.167 a 176 ; LOLS art.4)

**8470** Mediante este procedimiento ante la jurisdicción social no solo cabe impugnar resoluciones referidas a los estatutos de las **organizaciones sindicales** o de su modificación, sino también la de las **asociaciones empresariales**

En este proceso especial se establecen **tres modalidades**:

- a) Impugnación de la resolución de la oficina pública que deniegue el depósito de los estatutos ( LRJS art.167 a 172 ).
- b) Impugnación de los estatutos de sindicatos que ya hayan sido depositados y publicados ( LRJS art.173 a175 ).
- c) Impugnación de los estatutos de las asociaciones empresariales ( LRJS art.176 ).

#### 8472 Objeto

Los procesos de impugnación de los estatutos solo resultan posibles frente a los **sindicatos con personalidad**, esto es, cuyos estatutos hayan sido objeto de depósito y publicación, no siendo posible su aplicación a las organizaciones sindicales constituidas al margen de la LOLS y, por tanto, sin personalidad jurídica, cuyos estatutos solo podrían ser impugnados a través del procedimiento ordinario (Blasco Pellicer).

Tampoco se pueden conducir por la vía este proceso de impugnación de los estatutos, la declaración de **suspensión o disolución judicial** de los sindicatos ( LOLS art.2.c ).

Junto a la impugnación de los estatutos de los sindicatos con personalidad, se tramitan, asimismo ante la jurisdicción social, la impugnación y modificación de los estatutos de las **asociaciones empresariales**, no reguladas en la LOLS sino en la Ley de Asociación Sindical ( L 19/1977 ; LRJS art.2 j, 167 a 172 ).

Las **reglas** establecidas para la impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito son de aplicación a los procesos de impugnación de la resolución denegatoria del depósito de los estatutos de los sindicatos, en los casos de modificación de los mismos, así como respecto de las modificaciones de los estatutos de los sindicatos que ya tuvieran personalidad jurídica ( LRJS art.172 ), correspondiendo además a la jurisdicción social el conocer de la impugnación y modificación también de los estatutos sindicales de los **funcionarios públicos**.

#### 8473 Competencia

(LRJS art.6 a 9 )

El órgano judicial competente para el conocimiento, **en única instancia**, de los asuntos que se canalicen a través de cualquiera de las modalidades que prevé la propia LRJS viene determinado por el ámbito territorial de afectación.

Tales efectos, tanto en la denegación del registro como en la impugnación de los estatutos, derivan del **ámbito territorial** a que se extienda el sindicato o la asociación empresarial:

- si los estatutos del sindicato limitan su ámbito territorial a cualquier referente, igual o inferior a la provincia, el órgano competente es el juzgado de lo social;
- cuando el ámbito territorial del sindicato es superior a una provincia e igual o inferior a una comunidad autónoma, la competencia corresponde a la sala de lo social del tribunal de justicia que corresponda;
- finalmente, si el sindicato es de un ámbito superior al autonómico, la competencia reside en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Es competente el juzgado de la sede del sindicato o de la asociación empresarial ( LRJS art.10.2 d ) y será sala del tribunal superior de justicia competente la del tribunal en cuya circunscripción tengan su sede el sindicato y la asociación empresarial ( LRJS art.11.1.b ).

En cuanto a la **competencia funcional**, la interposición de los recursos procede en función del órgano que haya conocido en instancia:

- recurso de suplicación ante tribunal superior de justicia cuando haya resuelto un juzgado de lo social;
- recurso de casación ante Tribunal Supremo cuando hayan conocido en instancia los tribunales superiores de justicia o la Audiencia Nacional;
- recurso de casación para unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo cuando el tribunal superior de justicia haya resuelto el recurso de casación.

#### 8475 Proceso de impugnación de la resolución administrativa denegatoria del depósito de los estatutos del sindicato

Desde la solicitud del registro por parte de los promotores del sindicato, la oficina pública dispone de un plazo de 10 días para proceder al registro y la publicidad del depósito, salvo existencia de defectos a subsanar, siendo requeridos en este último caso los promotores para que en el plazo máximo de otros 10 días subsanen los defectos observados ( LOLS art.4.1 ).

Transcurrido este plazo, la oficina pública dispone la publicidad o rechaza el depósito mediante resolución exclusivamente fundada en la carencia de alguno de los requisitos mínimos exigidos por la LOLS, esto es ( LOLS art.4.2 ):

- la **denominación de la organización** que no puede coincidir ni inducir a confusión con otra legalmente registrada;

- el **domicilio** y **ámbito** territorial y funcional de actuación del sindicato;
- los **órganos de representación**, Gobierno y Administración y su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de sus cargos, que habrán de ajustarse a principios democráticos;
- los requisitos y procedimientos para la **adquisición y pérdida de la condición de afiliados**, así como el régimen de **modificación de estatutos**, de fusión y disolución del sindicato;
- el **régimen económico** de la organización que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.

La actuación de la oficina pública ha de limitarse, bajo atentado al derecho de libertad sindical, a la mera comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos, y las funciones del encargado del registro son de verificación reglada.

La **resolución** fundada de la oficina pública que deniegue el depósito de los estatutos para su registro y publicidad puede ser impugnada por los promotores del sindicato y los firmantes del acta de constitución del sindicato, siempre y cuando sean sujetos distintos, ante el órgano judicial competente. El **objeto de la pretensión** es, por tanto, la impugnación de la resolución de la oficina pública que rechaza el depósito de los estatutos. ( LRJS art.167 ).

El **plazo para la impugnación**, y sin que sea necesaria la interposición de reclamación previa ( LRJS art.70 ), es de 10 días hábiles a partir del momento de la notificación de la resolución denegatoria expresa o de un mes desde la presentación de los estatutos sin que hubieran notificado a los promotores defectos a subsanar ( LRJS art.168 ). Ambos, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plazos de caducidad ( TS 4-11-97 ).

En el caso de **resolución denegatoria tácita** por silencio administrativo, el plazo de 10 días se computaría a partir del:

- transcurso de un mes desde la presentación de los estatutos sin que se hubieran notificado a los promotores defectos a subsanar;
- transcurso de un mes desde la subsanación de defectos sin que exista resolución de la oficina pública.

A la **demanda** ha de acompañarse copia de los estatutos y resolución denegatoria del depósito o, de no existir denegación expresa por silencio, documento que acredite la presentación ( LRJS art.169 ).

La Administración pública a la que esté adscrita la oficina de depósito de estatutos autora de la resolución impugnada, así como el Ministerio Fiscal, son siempre **parte** en estos procesos ( LRJS art.167.2 ).

Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia requiere a la oficina pública para que le remita el **expediente administrativo** en el plazo de 5 días ( LRJS art.170 ).

La **sentencia** ha de resolver sobre la concurrencia o ausencia de los requisitos mínimos establecidos en el art.4.2 LOLS : en el supuesto de sentencia **estimatoria**, el órgano judicial ordena el depósito inmediato de los estatutos ( LRJS art.171 ); en cambio, una sentencia **desestimatoria**, convalida la decisión denegatoria de la oficina pública.

#### Precisiones

1) Este mismo procedimiento resulta aplicable para la impugnación de la **resolución** de la oficina pública **denegatoria del depósito de las modificaciones** de los estatutos, denegación que solo cabe por motivos de forma en relación con la presentación de la modificación y el cumplimiento de los contenidos mínimos ( LOLS art.4.2 ). Se trata, como señala la doctrina, por tanto, de un control meramente formal o limitado a la concurrencia de los requisitos de la LOLS, debiéndose por ello revocar cuantas resoluciones traten de ejercer un control de legalidad material sobre los estatutos sindicales, porque la ley atribuye dicha función directamente a la jurisdicción social, ya sea por la vía de impugnación directa de los estatutos ya registrados, ya sea a través de la suspensión o disolución del sindicato, fundada en incumplimiento grave de las leyes ( LOLS art.2.2 ).

2) La impugnación por **denegación de las modificaciones** solo es posible en relación con sindicatos ya registrados, siendo los sujetos legitimados los representantes sindicales, pudiendo actuar los afiliados como coadyuvantes ( LRJS art.172.1 ).

#### 8477 Proceso de impugnación de los estatutos de los sindicatos (LRJS art.173 a 175 )

Esta modalidad procesal tiene por **objeto** el control de la legalidad estatutaria, su no conformidad a Derecho desde el **punto de vista material**, de fondo, a diferencia de la modalidad previamente analizada que revisaba el control administrativo de cuestiones formales. No obstante, jurisprudencialmente se defiende la utilización de esta modalidad procesal para **impugnaciones por razones formales**, señalando el Tribunal Supremo que se debe entender que estos -los estatutos de los sindicatos- o su modificación pueden ser impugnados no solo por razones materiales, en ejercicio de un control de su contenido por no ajustarse la estructura organizativa creada a la legalidad vigente o a principios básicos democráticos, sino que se puedan censurar también por motivos de forma basados, como en

este caso, en que el acuerdo de aprobación o modificación adolecen de falta de los presupuestos necesarios para la formación de una voluntad corporativa válida ( TS 21-3-94 ).

La **legitimación activa** en esta modalidad corresponde al Ministerio Fiscal y a quienes acrediten un interés personal y legítimo ( LRJS art.173.1 ) estando **pasivamente** legitimados los promotores del sindicato y los firmantes del acta de constitución, así como quienes legalmente representen al sindicato, caso de haber ya adquirido esta personalidad jurídica ( LRJS art.173.2 ).

La impugnación cabe desde el depósito de los estatutos, tanto antes como después de haber adquirido el sindicato **personalidad jurídica**, que sucede transcurridos 20 días hábiles desde el depósito de los estatutos ( LOLS art.4.7 ).

8478 En cuanto al **plazo** para ejercitar la acción de impugnación de los estatutos de los sindicatos, no se especifica nada para esta modalidad procesal a diferencia de lo previsto para el ejercicio de la acción de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro donde se establece un plazo de 10 días ( LRJS art.168 ). No es posible aplicar este plazo en el proceso de impugnación propiamente dicho de los estatutos sindicales ( TS 18-2-97 ).

La **ausencia de previsión legal** al respecto lleva a la doctrina a plantear varias **opciones**:

- que el plazo aplicable es el de un año, contado a partir de la fecha de publicación de los estatutos de los sindicatos, por aplicación del plazo general ( ET art.59.1 );

- que se trata de una acción imprescriptible que puede ejercitarse en cualquier momento, dado que el ET art.59 resulta inaplicable en la medida en que el mismo se refiere a las acciones derivadas del contrato de trabajo, lo que no es predicable, evidentemente, de esta acción.

8479 Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia debe requerir a la oficina pública correspondiente la **remisión de la copia autorizada del expediente**, debiendo dicha oficina enviarla en el plazo de 5 días ( LRJS art.174 ). El Tribunal Supremo señala que la incorporación de la copia autorizada del expediente tiene por finalidad que las partes puedan proceder a su examen y realizar las alegaciones que estimen oportunas ( TS 14-3-02 ).

La **sentencia**, en caso de ser **desestimatoria**, declara judicialmente la legalidad de los estatutos o la parte de los mismos impugnada. En caso de ser **estimatoria**, declara la nulidad de las cláusulas estatutarias que no sean conformes a derecho o de los estatutos en su integridad ( LRJS art.175 ).

En el primer supuesto, de **nulidad parcial** de los estatutos de un sindicato que ya tuviese personalidad, se mantiene la misma. En cambio, la declaración de **nulidad de la totalidad** de los mismos implicaría la disolución de la personalidad jurídica del sindicato. El Tribunal Supremo ha señalado, en un supuesto en el que se tramitó erróneamente mediante el proceso de vulneración de la libertad sindical, que lo más importante de la desviación procesal ha sido el pronunciamiento recaído, limitado a desestimar la pretensión dirigida contra la propia existencia del sindicato, sin impugnar sus estatutos, con lo que se ha privado al órgano judicial de la función primordial e insustituible, en la modalidad procesal impugnatoria de estatutos, que consiste en eliminar, únicamente y en su caso, aquellas cláusulas estatutarias que resultaran no acordes con el ordenamiento ( LRJS art.173.1 ). También debería haberse acomodado a la modalidad procesal de impugnación la pretensión consistente en impugnar la existencia misma del sindicato ( TS 21-7-98 ).

8480 **Impugnación de los estatutos de las asociaciones empresariales**  
(LRJS art.176)

Los procesos de impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el depósito de los estatutos de las asociaciones empresariales, o de sus modificaciones, así como las de declaración de no ser conforme a derecho dichos estatutos, o sus modificaciones, se sustancian, respectivamente, por los **trámites** de las modalidades procesales reguladas en las secciones anteriores.

El **Ministerio Fiscal** debe ser siempre parte en dichos procesos, con independencia de su legitimación activa para promover los mismos.

Una asociación profesional de empresarios que **no** esté diseñada para desarrollar estas actividades en el campo de las **relaciones laborales** no es una asociación empresarial en sentido estricto, por lo que queda fuera, por razón de la materia, de la competencia del orden social. La impugnación de la denegación del depósito de los estatutos de este tipo de asociaciones profesionales o la pretensión de declaración de su ilegalidad corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción que es el competente para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo ( TS 25-1-99, EDJ 1730 ; TSJ Galicia 7-2-01, EDJ 7290 ).

## Ñ. Tutela de derechos fundamentales y libertades públicas

8490 Los derechos fundamentales y libertades públicas poseen una garantía especial consistente en la posibilidad de exigir su cumplimiento ante los juzgados y tribunales ordinarios a través de un procedimiento caracterizado por la **preferencia** y la **sumariedad** ( Const art.53.2 ).

El **objeto del proceso** se proyecta, por tanto, desde la protección del derecho de libertad sindical a la tutela de todos los derechos fundamentales vulnerados en el ámbito de las relaciones laborales cuyo conocimiento esté atribuido a la jurisdicción social, siempre que el **objeto exclusivo sea la vulneración del derecho fundamental y su reparación**. Los procesos por despido y demás causas de extinción del contrato, modificación de condiciones, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, movilidad geográfica, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ( LRJS art.139 ), impugnación de convenios colectivos y sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas deben tramitarse, inexcusablemente, con arreglo a la **modalidad procesal correspondiente** a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos ( LRJS art.26.2 ) las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva ( TS 15-12-08 ; 14-7-06 ; 30-6-10 ).

Se establece, por tanto, como **regla general la prohibición de acumulación** y la obligatoriedad de utilizar la modalidad procesal correspondiente, distinta a la de tutela, en los procesos enumerados en el art.184 LRJS cuando en ellos se denuncie la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical o de otro derecho fundamental o libertad pública ( TS 13-12-95 ; 15-12-08 ).

#### Precisiones

No obstante, en un supuesto en el que se alega **vulneración del derecho de libertad sindical** en materia electoral laboral, si la vulneración formalmente denunciada tiene un ámbito más extenso que el de un proceso electoral, porque la conducta que se achaque al sujeto activo de aquella vulneración supere y exceda del -ya de por sí- estrecho contorno de ese tipo de procesos -impugnación de laudos e impugnación de la resolución administrativa que deniegue el Registro-, manifestándose en otras actuaciones que permitan apreciar -o imputen al menos- un comportamiento generalizado de persecución sindical, ya no nos hallaríamos ante una indebida acumulación de acciones sino ante la legítima utilización del específico procedimiento sumario y preferente de tutela de derechos fundamentales.

8491 En relación con el **objeto del proceso**, ha de tenerse en cuenta que si no existe la vulneración alegada o si lo que se produce es una **infracción simple del ordenamiento jurídico**, sin relevancia en la protección constitucional del derecho fundamental invocado, la consecuencia de la limitación de conocimiento que rige en la modalidad procesal debe ser la desestimación de la demanda, sin perjuicio en su caso de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso. Esto determina que haya que declarar la inadecuación de procedimiento ( TS 26-7-95 ; 24-9-96 ; 18-11-91 ; 18-5-92 ; 21-6-94 ; 14-3-95 ; 24-1-96 ; 12-11-96 ; 14-1-97 ; 4-11-97 ; 24-11-97 ; 19-1-98 ; 20-6-00 ; 10-7-01 ; 6-10-01 ; 28-3-03 ; 19-1-05 ; AN 30-6-10 ).

Para defender y delimitar el objeto propio de este procedimiento a veces se han **invocado otros criterios** y junto al criterio del contenido constitucional del derecho se han utilizado otros como el carácter directo o flagrante de la lesión ( TS 18-9-01 ); en otras ocasiones, el proceso se ha abierto hacia el denominado contenido adicional del derecho fundamental ( TS 12-11-02 ).

El **criterio de delimitación del objeto del proceso** es ( TS Pleno 28-3-03 ):

- en primer lugar, normativo, en el sentido que atiende a la protección del contenido del derecho en la norma constitucional y en las leyes que lo desarrollan y no al carácter -directo o indirecto, manifiesto u oblicuo- de lesión;
- en segundo lugar, resulta importante determinar el contenido constitucional del derecho que tiene que ser protegido a través de la modalidad de tutela, si bien el contenido constitucional del derecho no solo está en la Constitución, sino que puede también encontrarse en la Ley Orgánica que la desarrolla, en la medida en que esta aborda igualmente la configuración del derecho y hace explícito algo que es consustancial al mismo.

El **contenido constitucional** comprende, por tanto, el contenido esencial del derecho y su contenido histórico o variable, que introduce la Ley Orgánica, y ambos entran dentro del ámbito del proceso de tutela. El **contenido adicional** en sentido estricto, que no está en la Constitución, ni en la Ley Orgánica, es el que queda fuera del proceso de tutela ( AN 30-6-10 ).



Es necesario advertir que la utilización del cauce procesal específico de tutela de derechos fundamentales requiere de la **vulneración y lesión concreta** del derecho fundamental, sin que quepa su utilización cautelar y no bastando, por tanto con la sospecha o temor de su vulneración ( TS 28-12-98 ).

#### 8492 Legitimación activa (LRJS art.177.1)

Corresponde a cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados sus **derechos o intereses legítimos**. En la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, este interés legítimo coincide generalmente con la titularidad del derecho fundamental.

En la **libertad sindical**, derecho con vertiente individual y colectiva, cuando se entienda vulnerada la **vertiente individual** la legitimación activa corresponde, en principio, al trabajador afectado, aunque el sindicato al que pertenezca, o cualquier otro sindicato más representativo puede personarse en calidad de coadyuvante ( LRJS art.177.2 ). En esta vertiente individual sí están legitimados los representantes unitarios o miembros del comité de empresa que aleguen violación del derecho a la libertad sindical en esa vertiente individual ( TS 16-11-16, EDJ 226150 ). En cambio, cuando se alegara una vulneración de la libertad sindical en su **dimensión colectiva**, la legitimación activa corresponde al sindicato afectado, pero nunca a la representación unitaria en sí misma considerada, pues no es titular del derecho de libertad sindical ( TCo 74/1996 pronunciamiento que cuenta con voto particular) ni el comité intercentros ( TS 2-10-99 ).

Es posible que una misma conducta vulnere al mismo tiempo la libertad sindical individual y colectiva, en cuyo caso, tanto el sindicato como el trabajador afectados podrían ejercer la acción como partes principales.

#### 8493 Legitimación pasiva

Puede ser demandado cualquiera que haya lesionado el derecho de libertad sindical u otro derecho fundamental: empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación ( LRJS art.177.1 ).

El **Ministerio Fiscal** es siempre parte en estos procesos ( LRJS art.177.3 ), de forma que su falta de intervención implica la nulidad de actuaciones. Esta exigencia es un elemento esencial del procedimiento, perteneciendo al orden público, por lo que debe ser apreciada incluso de oficio por todos los órganos judiciales que conozcan de dicho procedimiento. Dado el carácter esencial de esta norma, el haber prescindido totalmente de ella convierte en **nulos** de pleno derecho todos los actos judiciales seguidos con su inobservancia ( TS 26-12-96 ). El Ministerio Fiscal ha de velar especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesar la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas.

#### 8495 Procedimiento: especialidades (Const art.53; LRJS art.179.1)

Está presidido por los principios de **preferencia y sumariedad**, lo que determina que constituya uno de los supuestos **excluidos** de la necesidad de **conciliación o reclamación** administrativa previas ( LRJS art.64.1 y 70.1 ; TCo 81/1992 ) y sin que quepa su **acumulación** con ninguna otra acción de distinta naturaleza ( LRJS art.178.1 ).

#### 8496 Demanda

La demanda, además de las exigencias generales de forma ( LRJS art.80 ), debe expresar con claridad:

- los **hechos** constitutivos de la vulneración;
- el **derecho o libertad infringidos** que justifiquen la tramitación de la pretensión mediante este proceso;
- la cuantía de la **indemnización** pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, cuando resulte difícil su estimación detallada, las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador ( TS 2-11-16, EDJ 215609 ).

El órgano judicial debe examinar la **adecuación al procedimiento**, procediendo a la admisión mediante auto, o bien rechazando la misma ya sea por falta de requisitos de forma, otorgando el plazo de 4 días para subsanar con apercibimiento del archivo de actuaciones, o bien rechazando de plano las demandas que no hayan de tramitarse mediante este procedimiento, advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal oportuno, quedando, no obstante, facultado el órgano judicial para dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para ambas fuera competente y la demanda reuniese los requisitos precisos ( LRJS art.179.4 ).

Contra el auto que decide sobre la **admisión o inadmisión** de la demanda no cabe recurso alguno, ni de suplicación ni de casación ordinaria.

## 8497 Medidas cautelares

(LRJS art.180)

El **demandante**, que no el órgano judicial de oficio, puede solicitar en la demanda, y no en momento posterior, medidas cautelares para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia.

El juez o tribunal puede acordar la **suspensión de efectos** del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

No obstante, en el caso de que se invoque vulneración de la **libertad sindical**, solo se puede deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

En caso de **huelga**, se puede solicitar la adopción de medidas cautelares cuando se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación de personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas.

Si la demanda se refiere a protección frente al **acoso**, así como a los procesos seguidos a instancia de trabajadora víctima de **violencia de género** para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, puede solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto debe ser oído este.

La **adopción** de la medida cautelar se decide en un incidente breve: dentro del día siguiente a la admisión de la demanda, el letrado de la Administración de justicia cita a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las 48 horas siguientes, comparezcan a una **audiencia preliminar**, en la que solo se admiten alegaciones y pruebas sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto.

En los supuestos de **urgencia excepcional**, la adopción de las medidas cautelares puede efectuarse por el juez o sala al admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia prevista en este número.

El órgano judicial resuelve en el acto mediante **auto** dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación.

## 8498 Acto de juicio

(LRJS art.181)

El acto del juicio, con la conciliación judicial previa, ha de tener lugar en el **plazo** improrrogable de los 5 días siguientes al de la admisión de la demanda, aunque mediando un mínimo de 2 días entre la citación y la efectiva celebración del juicio.

Las **especialidades** en la celebración del acto del juicio, en relación con el procedimiento ordinario, residen en la práctica de la **prueba** y en las reglas de distribución de la carga de la prueba: el demandante ha de aportar indicios razonables de la existencia de hechos que vulneren el derecho fundamental, debiendo el demandado probar que su acto se debió a una causa legítima y a motivos ajenos a un móvil atentatorio ( TCo 125/2008 ). Debe demostrar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales ( TCo 49/2003 ). No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente extraño a todo propósito contrario a los derechos fundamentales ( TCo 293/1993 ; 85/1995 ; 82/1997 ; 202/1997 ; 48/2002 ).

## 8499 Sentencia

(LRJS art.181.3, 183 )

El juez ha de dictar sentencia necesariamente por escrito en el breve **plazo** de 3 días desde la celebración del acto del juicio, frente al plazo general de 5 días, debiendo **notificarse** de forma inmediata a las partes y al Ministerio Fiscal.

En la sentencia el órgano judicial declara haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de **estimación** de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

**a)** Declara la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrinas constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

**b)** Declara la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

**c)** Ordena el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

**d)** Dispone el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera ( art.183 LRJS ).

En la sentencia debe resolverse sobre las **medidas cautelares** que se hubieran adoptado previamente ( LRJS art.182.1 y 182.2 ).

La sentencia **desestimatoria** declara que no se ha producido la lesión del derecho invocado, debiendo ordenarse el levantamiento de la medida de suspensión cautelar, de haberse acordado.

Contra la sentencia cabe interponer **recurso de suplicación** cuando haya sido dictada por el juzgado de lo social; y recurso de **casación ordinaria** cuando el asunto hubiese sido conocido por las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional o de los tribunales superiores de justicia.

#### Precisiones

En principio, las sentencias dictadas en la instancia en el marco de los **procedimientos especiales** previstos en LRJS art.191.2 son irrecurribles. Sin embargo, cabe recurso frente a las dictadas en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, incluso cuando se haya ejercitado la acción a través de una modalidad procesal especial excluida de la suplicación ( TCo 149/2016 ).

Se entiende que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se impide el **acceso al recurso** en supuestos que, habiéndose tramitado mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, aparejan adicionalmente la pretensión de tutela de derechos fundamentales (TS 42/2017 24-4-17).

#### SECCIÓN 4

## Recursos

8600	<b>A. Recursos no devolutivos</b>	8605
	1. Recurso de reposición	8605
	2. Recurso de revisión	8615
	<b>B. Recursos devolutivos</b>	8620
	1. Recurso de queja	8622
	2. Recurso de suplicación	8640
	3. Recurso de casación	8680
	4. Recurso de casación para unificación de doctrina	8695
	<b>C. Impugnación de la cosa juzgada</b>	8760
	1. Nulidad de actuaciones	8760
	2. Declaración de error judicial	8770
	3. Revisión de sentencias	8790
	4. Audiencia al demandado rebelde	8805

### A. Recursos no devolutivos

#### 1. Recurso de reposición

**8605** El recurso de reposición es un recurso no devolutivo, esto es que la **competencia** para resolver la impugnación corresponde al mismo órgano que dictó la resolución recurrida, por medio del cual las partes pueden obtener la revisión de las providencias y autos dictadas por los jueces de lo social, tribunales superiores de justicia, Audiencia Nacional o Tribunal Supremo ( LRJS art.186.2 ), así como de las diligencias de ordenación y decretos dictados por los letrados de la Administración de Justicia.

#### **8607 Resoluciones recurribles y no recurribles**

(LRJS art.186)

En cuanto a las resoluciones judiciales recurribles y no recurribles:

##### **1) Cabe la interposición** de recurso de reposición contra:

- todas las providencias y autos, ante el mismo juez o tribunal que dictó la resolución recurrida;
- las diligencias de ordenación y decretos no devolutivos, ante el letrado de la Administración de Justicia que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión ( LRJS art.186.2 ).

##### **2) No ha lugar** al recurso de reposición frente a:

- las providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos que se dicten en los procesos de conflictos colectivos, en los procesos en materia electoral, cuando versen sobre el ejercicio de conciliación de la vida personal y familiar y en los de impugnación de convenios colectivos, salvo que se trate del auto declarando inicialmente la incompetencia de jurisdicción ( LRJS art.161 y 191.4 ), y sin perjuicio de poder efectuar la alegación correspondiente en el acto del juicio en los procesos anteriormente señalados;
- el auto que deniega la práctica de actos preparatorios solicitados por el órgano judicial con carácter previo a la interposición de la demanda, como la práctica anticipada de la prueba ( LRJS art.76.6 y 78.2 );
- la providencia por la que se inadmite el recurso de reposición o el auto por el que se resuelve el mismo ( LRJS art.187.2 );
- las resoluciones sobre admisión (diligencia de ordenación) o inadmisión (providencia) del recurso de revisión;
- la providencia por la que se deniega la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones, así como la resolución que resuelva este incidente ( LOPJ art.241.1.2 );
- la resolución por la que se resuelve sobre la aclaración o corrección de resoluciones judiciales ( LEC art.214.4 ).

Durante el desarrollo del juicio oral, audiencias y comparecencias, las **resoluciones** que el órgano judicial decide y dicta **oralmente** -y que no pueden considerarse providencias y autos- y que han de recogerse en el acta, no pueden ser recurridas en reposición, como puede ocurrir con la denegación de la admisión de la prueba propuesta por las partes, o las preguntas que estas formulen ( LRJS art.87.2 ) o rechazando las observaciones que hagan las partes sobre el contenido del acta del juicio ( LRJS art.89.5 ). Resta a las partes, en este caso, la impugnación a través de la protesta ( LRJS art.87.2 y 191 ).

#### **8609 Tramitación del recurso**

(LRJS art.187)

El recurso de reposición debe interponerse en el **plazo** de 3 días contra las resoluciones dictadas en procedimientos seguidos ante un órgano unipersonal y de 5 días contra las resoluciones dictadas en procedimientos seguidos ante órganos colegiados, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente.

Si el recurso se formula contra providencias o autos, se establece preceptivamente la constitución de un **depósito** de 25 euros, salvo que los recurrentes estuvieran exentos de pago ( LOPJ disp.adic.15ª.4 ).

**No** es preceptiva la firma de **letrado** ni de graduado social ( LRJS art.21.1 ) ( TCo 193/1993 ).

En el caso de presentación extemporánea o de no identificación de la infracción, se establece legalmente su **inadmisión** mediante providencia no susceptible de recurso, en caso de providencias y autos, o mediante decreto, aunque en ese caso sí será recurrible en revisión la formulada contra diligencias de ordenación y decretos no definitivos.

En el caso de que el recurso de reposición sea **admitido a trámite** por el letrado de la Administración de Justicia, se concede a las demás partes personadas un plazo común de 3 o 5 días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano en el que se haya dictado la resolución recurrida, para **impugnarlo**, si lo estiman conveniente. Ni la interposición ni la admisión a trámite del recurso implican **efecto** alguno sobre la resolución recurrida ( LRJS art.186.3 );

TSJ País Vasco 21-12-99 ). Transcurrido el plazo establecido para la impugnación, se hayan presentado o no escritos, el letrado de la Administración de Justicia, juez o tribunal **resuelve** sin más trámites mediante auto o decreto en un plazo de 3 o 5 días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano. ( LRJS art.186.4 ).

El decreto y el auto resolutorio del recurso de reposición **no son recurribles**, sin perjuicio de la responsabilidad civil que en su caso proceda, y dejando a salvo los supuestos de la LRJS art.191.3.4 en los que procede la suplicación, y en los supuestos de la LRJS art.206.2.3.4 , en los que cabe casación. Con **carácter excepcional** cabe recurso de queja ( LRJS art.189 ) o de suplicación cuando estuviera previsto ( LRJS art.191.4 ). De manera excepcional puede promoverse cuando proceda la nulidad de actuaciones o bien interponerse el recurso de amparo.

## 2. Recurso de revisión

(LRJS art.188; L 13/2009)

**8615** La L 13/2009 , para la implantación de la nueva oficina judicial, introdujo este nuevo recurso frente a **resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia**, que ha de diferenciarse de la revisión de sentencias firmes.

### 8617 Objeto

(LRJS art.188.1)

Cabe recurso directo de revisión contra los **decretos** por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Entre estos decretos recurribles por revisión directa se encuentran:

- el acuerdo de avenencia en conciliación ( LRJS art.84.1 );
- desistimiento por fallecimiento del demandante e incomparecencia de los sucesores ( LEC art.16.3 );
- archivo de actuaciones por no prestación por una de las partes de la caución requerida por el órgano judicial ( LEC art.258.3 );
- pago por el ejecutado ( LEC art.583.1 );
- mejora, reducción y modificación del embargo ( LEC art.612.2 ).

Cabe también la interposición del recurso de revisión directa en aquellos casos en los que **expresamente se prevea**, y entre ellos, los siguientes:

- los decretos dictados en el incidente de acumulación de ejecuciones ( LRJS art.39 );
- los de inadmisión del recurso de reposición contra diligencias de ordenación y decretos no definitivos ( LRJS art.187.2 );
- la concesión del aplazamiento de ejecución por perjuicio de imposible o difícil reparación ( LRJS art.245.2 );
- las resoluciones dictadas en ejecución provisional ( LRJS art.304 ).

### 8618 Procedimiento y tramitación del recurso de revisión

(LRJS art.188.2 y 3)

El recurso ha de interponerse en el **plazo** de 3 o 5 días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano en el que se haya dictado la resolución recurrida mediante escrito en el que debe citarse la infracción en que la resolución hubiera incurrido debiendo acompañarse su interposición con la constitución de un depósito de 25 euros ( LOPJ disp.adic.15ª.4 ).

La interposición del recurso directo de revisión **carece de efectos suspensivos** de la resolución recurrida y sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto.

En el caso de **presentación extemporánea** o de **no identificación de la infracción**, el recurso debe ser inadmitido mediante providencia no susceptible de recurso.

Si se cumplen los requisitos establecidos, el recurso se admite por el letrado de la Administración de Justicia, que concede a las restantes partes personadas un plazo común de 3 o 5 días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano en el que se haya dictado la resolución recurrida, para **impugnarlo**, si así lo consideran.

Transcurrido el plazo, el juez o tribunal lo **resuelve** mediante auto. La **competencia** para resolver corresponde al juez del órgano unipersonal o los magistrados del órgano jurisdiccional colectivo al que aquel letrado está adscrito.

El auto es **irrecurrible**, salvo que proceda recurso de casación o suplicación, como puede ocurrir en determinados supuestos en fase de ejecución.

## B. Recursos devolutivos

**8620** A continuación se analizan los recursos que se sustancian ante un **órgano jurisdiccional superior** y, en todo caso, distinto de aquel que dictó la resolución que se pretende recurrir.

En estos recursos no se admiten **cuestiones nuevas** debido al carácter extraordinario de los recursos como el de suplicación y casación, de forma que cualquier motivo que no coincida con lo alegado constituiría una cuestión nueva que generaría indefensión a la parte que no pudo hacer alegaciones ( TS 25-4-17, EDJ58477 ).

Tampoco cabe aportar **documentos nuevos**, si bien se ha admitido en determinadas circunstancias la presentación de sentencias o resoluciones judiciales o administrativas firmes ( TS auto 24-10-17, EDJ 227433 ).

### 1. Recurso de queja

---

**8622** El recurso de queja constituye un medio de impugnación **ordinario y devolutivo**, pero instrumental ( TCo 4/1990 ) o **subsidiario** de otro principal, por el que la sala de lo social del tribunal superior de justicia que ha de resolver un recurso de suplicación, o la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación, proceden a controlar la decisión de un tribunal inferior que tiene por no anunciada esa suplicación o por no preparada la casación, ya sea ordinaria o para unificación de doctrina.

Por tanto, el recurso de queja procede interponerlo contra los autos que inadmitan los recursos de suplicación y casación, ordinaria o para unificación de doctrina, remitiéndose la **ley procesal** social ( LRJS art.189 ) para su tramitación a lo establecido en la vigente LEC ( LEC art.494 y 495 ).

**8624 Resoluciones recurribles**  
(LEC art.494)

Contra los **autos** en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, se podrá interponer recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado.

Se trata, por tanto, de un recurso calificado de medial, llamado así porque se da en función de otro recurso devolutivo, de suplicación, o de los extraordinarios de casación señalados, para favorecer el acceso al órgano superior, ante la negativa del órgano inferior.

La **función** principal del recurso de queja es comprobar la corrección de las resoluciones que denieguen la tramitación de un recurso de suplicación, extraordinario por infracción procesal o de casación.

La sala que vea el recurso de queja ha de limitarse a **verificar** la concurrencia de los presupuestos y requisitos a los que se subordina la procedencia o viabilidad del recurso que ha sido denegado por la instancia, sin que se deba examinar cuestiones ajenas a su específico objeto; por tanto, el órgano judicial inferior ha de velar por la preparación adecuada decidiendo si los recursos se han preparado o anunciado en plazo legal, siguiendo los preceptos legales, si se han constituido los depósitos necesarios para recurrir y si la resolución que se impugna es recurrible.

Ha de señalarse que el hecho de que la resolución dictada por el órgano judicial inadmitiendo o poniendo fin al trámite de un recurso adopte la forma inadecuada de **providencia**, en lugar de auto, no constituye impedimento para la tramitación del recurso de queja ( LOPJ art.245.1 b ; LRJS art.222.2 ; TS 4-10-01, EDJ 101198 ).

#### Precisiones

**1)** No resulta admisible pretender, mediante este recurso de queja, trasladar a la sala la obligación de plantear la **cuestión interpretativa**. Para ello tendría que haber adquirido la competencia para resolver el objeto del litigio, dentro de los límites y con arreglo a la finalidad propia de una suplicación o casación, en su caso.

**2)** El recurso de queja pues, es un claro ejemplo de recurso ordinario y devolutivo de **naturaleza meramente instrumental**, pues a través del mismo se solicita al tribunal donde se acude que se dé lugar a la tramitación de otro recurso también devolutivo de suplicación o casación, denegada por el tribunal de instancia.

**8631 Tramitación**

(LRJS art.189 , 195.2, 209.2 y 222 ; LEC art.494 y 495 )

Deben tenerse en cuenta las fases dedicadas a la interposición, resolución y recursos que quepan contra el mismo.

### 8633 Interposición del recurso

Con carácter previo a su interposición es necesaria la consignación de un **depósito** de 30 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en entidad de crédito a nombre del juzgado o tribunal. La falta o error en la consignación es un defecto subsanable en el plazo de 10 días desde la recepción de los testimonios.

El recurso debe formalizarse mediante **escrito**, al que se acompañara el testimonio correspondiente ( LEC art.494 ).

El escrito, que ha de ir firmado por **letrado** ( LRJS art.21.1 ) o graduado social.

Debe contener necesariamente las **alegaciones** que la parte estime oportunas sobre la procedencia del recurso rechazado, que serán las que el órgano jurisdiccional pueda tomar en consideración para decidir si mantiene la denegación del recurso planteado o, por el contrario, previa revocación del auto, ordenar la continuación de la tramitación. No incumbe al tribunal suplir la falta de alegaciones, ni efectuar una labor indagatoria de naturaleza inquisitiva sobre las razones o infracciones procesales que puedan asistir al recurrente y que este no haya expresado, por lo que es fundamental un relato claro y conciso sobre las infracciones de normas procesales que se alegan para la estimación del recurso.

### 8634 Resolución

Presentado en tiempo el recurso con el testimonio, el tribunal ha de resolver sobre él en el plazo de 5 días, dándole un trato preferente. Si considera **bien denegada la tramitación del recurso**, debe mandar ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente para que conste en los autos. Si la estima **mal denegada**, ordena a dicho tribunal que continúe con la tramitación.

Es decir, estaríamos ante una nulidad de actuaciones, ya que si el recurso de queja es estimado por la sala correspondiente, los efectos que tiene es la declaración de nulidad del auto que resuelve el recurso de reposición y por lo tanto repondría las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la publicación del mismo y se debería seguir con las actuaciones del procedimiento, que según de que se trate, consistiría en admitir el recurso de suplicación para su formalización o dejar sin efecto un archivo de actuaciones por falta de subsanación o por declaración de incompetencia tanto territorial como objetiva ( LEC art.66 y 67 ).

### 8635 Recursos

(LEC art.495.5)

Contra el auto que resuelve el recurso de queja **no** cabe **recurso** alguno, y ello tanto si la queja ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, pues no cabrá reposición, cuanto si ha sido resuelta por un TSJ, pues no cabe ni reposición ni tampoco casación ante el TS ( TS autos 25-2-93 ; 15-4-93 ; 16-2-94 ; 12-5-99 ; 30-6-99 ; TS auto 8-1-01 ; 18-6-01 ), ni tampoco una segunda queja ante este ( TS auto 5-10-99 ).

Se apunta la posibilidad de plantear **recurso de amparo**, siempre que la materia o la importancia del tema lo requiera, para impugnar el auto por cuestiones de lesión de derechos fundamentales ( Const art.24.1 ), donde se regula el derecho que todas las personas tienen a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

En estos casos, debería alegarse una **infracción procesal**, tanto por parte del juez de instancia como por la sala que resuelve mediante auto el recurso de queja y en el que entendemos que en ambas resoluciones se produce una infracción procesal grave y con suficiente entidad como para que se pueda valorar como una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva establecida en la Constitución.

## 2. Recurso de suplicación

---

8640 El recurso de suplicación es un recurso devolutivo extraordinario. Es **devolutivo** porque el conocimiento y resolución se confiere a un órgano judicial distinto y superior de aquel que dictó la resolución impugnada. Es **extraordinario** porque que no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso de objeto limitado, en el que el tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia ( TCo 218/2006 ).

### Precisiones

Ya no existe la obligación de abono de **tasas judiciales** en el orden social. Tras numerosas modificaciones normativas y una interpretación restrictiva por parte de los tribunales, finalmente, el TCo, en sentencia publicada en el BOE el 15-8-2016, declaró la **inconstitucionalidad** de la normativa que regulaba las tasas todavía vigentes imponibles únicamente a las

personas jurídicas, sin beneficio de justicia gratuita, exclusivamente cuando interponían recursos de suplicación y casación ordinaria en el orden social ( L 10/2012 art.7.1 -redacc TCo 140/2016).

Tal inconstitucionalidad solo era eficaz pro futuro, esto es, en relación con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no hubiera recaído una resolución firme. Tampoco tenía virtualidad en aquellos procesos aún no finalizados en los que la persona obligada al pago de la tasa la satisfizo sin impugnarla por impedirle el acceso a la jurisdicción o al recurso en su caso, deviniendo con ello firme la liquidación del tributo.

En este contexto la DGT aclaró que **no procede** el abono de tasas (DGT CV 13-9-16):

1. En los **procedimientos** interpuestos **antes del 15-8-2016**, fecha de publicación de la sentencia del TCo en el BOE, en los que no se había interpuesto aún la demanda.

2. En aquellos en que hubiera sido requerido el obligado tributario para dicho pago y estuviese **pendiente su abono**, no obstante haberse devengado la tasa, el actor no vendría obligado a su pago, en tanto en cuanto su exigibilidad para los concretos supuestos de nulidad ha quedado anulada por el TCo.

#### 8643 Competencia

La competencia para conocer del recurso de suplicación viene atribuida a las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia de la comunidad donde radica el juzgado ( LRJS art.190.1 ). La sala no puede estar compuesta por el juez que resolvió el asunto en la instancia.

#### 8644 Legitimación

Para estar legitimado para interponer un recurso de suplicación se requiere, en primer lugar, **ser parte** en el proceso (carácter procesal) y, en segundo, que la resolución del juez cause **perjuicio** (carácter material).

#### 8645 Resoluciones recurribles

(LRJS art.190 y 191)

Cabe contra determinadas resoluciones dictadas por dos órganos judiciales distintos:

- **juzgados de lo social**. Las resoluciones recurribles pueden ser autos o sentencias, dejando a salvo las excepciones legalmente establecidas por razón de la materia o la cuantía: que no excedan de 3.000 euros. Este límite cuantitativo no opera en relación con las sentencias de instancia que sí pueden acceder al recurso por razón de la materia.

- **juzgados de lo mercantil**: son recurribles en suplicación los autos y sentencias que se dicten por estos en el proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral.

**Procede** en todo caso la suplicación:

1. En procesos de **despido o extinción del contrato**, salvo en los procesos por **despido colectivo** impugnados por los representantes de los trabajadores.

2. En supuestos de **afectación general** en reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

3. En los procesos que versen sobre **reconocimiento o denegación** del derecho a obtener **prestaciones** de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable.

4. Cuando el recurso tenga por objeto subsanar una **falta esencial del procedimiento** o la **omisión** del intento de **conciliación o de mediación** obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá solo sobre el defecto procesal invocado.

5. Contra sentencias que decidan sobre la **falta de jurisdicción** por razón de la materia o de competencia territorial o funcional. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación la sentencia, resolverá solo sobre la jurisdicción o competencia.

6. Sentencias dictadas en materias de:

- **conflictos colectivos**;

- impugnación de **convenios colectivos**;

- impugnación de los **estatutos** de los sindicatos;

- procedimientos **de oficio**;

- tutela de **derechos fundamentales** y libertades públicas.



7. Contra sentencias dictadas en procesos de impugnación de **actos administrativos en materia laboral** no comprendidos en los apartados anteriores, cuando no sean susceptibles de valoración económica o cuando la cuantía litigiosa exceda de 18.000 euros.

También puede interponerse el recurso contra las resoluciones previstas en la LRJS art.191.4 .

Por contra, **no procede** recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias:

1. Impugnación de sanción por **falta** que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente.
2. Procesos relativos a la **fecha de disfrute de las vacaciones**.
3. **Materia electoral**, salvo en el caso del artículo 136.
4. Procesos de **clasificación profesional**, salvo en el caso previsto en el apartado 3 del artículo 137.
5. Procesos de **movilidad geográfica** distintos de los previstos en ET art.40.2; en los de **modificaciones sustanciales** de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo ( ET art.41.2 ); y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación; y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el ET art.47 del que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el ET art.51.1.
6. Procedimientos relativos a los derechos de **conciliación de la vida personal, familiar y laboral** ( LRJS art.139 ), salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación.
7. Procesos de **impugnación de alta médica**, cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador.

#### 8646 **Motivos** (LRJS art.193)

El recurso de reposición tiene por objeto:

- a) **Reponer los autos** al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión.
- b) Revisar los **hechos declarados probados**, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.
- c) Examinar las **infracciones de normas sustantivas** o de la jurisprudencia: se exige la cita de la norma del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas y que se razone acerca de la pertinencia del motivo ( TCo 257/2000 )

#### a. Trámites ante el órgano «a quo»

#### 8651 **Anuncio del recurso** (LRJS art.194)

Basta la **mera manifestación** del propósito de entablar el recurso realizada por la parte o por su abogado, graduado social colegiado o representante en el momento de serle notificada la resolución de que se trate, o una **comparecencia o escrito posterior**, siempre que se realice ante el juzgado que dictó la resolución y dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

#### 8652 **Necesidad de consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de condena**

Si la sentencia que se recurre contiene una condena al **pago de cantidad**, el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita debe acreditar al anunciar el recurso de suplicación haber consignado o asegurado mediante aval bancario con responsabilidad solidaria del avalista, la cantidad objeto de condena ( LRJS art.230 ).

En materia de Seguridad Social, cuando se reclamen **prestaciones**, es necesario consignar en la TGSS en capital coste de la prestación o pensión al que haya sido condenado en el fallo de la sentencia que se recurre. Lo mismo procede cuando estemos ante un **recargo** por falta de medidas de seguridad e higiene.

#### 8654 **Resoluciones del órgano «a quo»**

Dos son, principalmente, las situaciones y correspondientes resoluciones del órgano *a quo* que pueden producirse: que se inadmita el anuncio del recurso o que se admita el anuncio del recurso.

#### 8655 **Inadmisión del recurso**

(LRJS art.195.2)

Si la resolución impugnada no fuera recurrible en suplicación, si el recurso no se hubiera anunciado en tiempo, no se hubieran cumplido los requisitos para el anuncio y fuera insubsanable o no se hubiera subsanado en el plazo de 5 días otorgado por el letrado de la Administración de Justicia, o si el recurrente incumpliera su deber de consignar o asegurar la cantidad objeto de condena o se omitieran las prevenciones en materia de prestaciones de Seguridad Social ( LRJS art.230 ), el órgano judicial dicta **auto** motivado teniendo por no anunciado el recurso, poniendo fin a su trámite y quedando firme la resolución impugnada.

Contra este auto puede recurrirse en **queja** ante la sala de lo social del tribunal superior de justicia.

#### 8656 Admisión del recurso

(LRJS art.195.1)

La admisión del recurso procede cuando la resolución fuera recurrible en suplicación, el recurso se hubiera anunciado en tiempo y forma y se haya procedido a la designación de letrado y, en su caso, a la consignación o aseguramiento del importe de la condena.

Es el letrado de la Administración de justicia el que debe tener por anunciado el recurso y debe acordar **poner los autos a disposición** del letrado o graduado social colegiado designado, para que proceda a la **interposición** del recurso, dentro de los 10 días siguientes a que se notifique la puesta a disposición, debiendo sustituirse el traslado material de las actuaciones por la entrega de soporte informático o mediante acceso telemático, si se dispusiera de los medios necesarios para ello. Este plazo corre cualquiera que sea el momento en que el letrado o el graduado social colegiado examinara o recogiera los autos.

#### 8657 Subsanción de defectos u omisiones

(LRJS art.230.5)

Son defectos **subsancables**:

- a) La insuficiencia de consignar la condena o de asegurarla, en los términos que hemos visto anteriormente.
- b) La no aportación de los justificantes de haber consignado o asegurado.
- c) La falta de acreditación de la representación debida por quien anuncia el recurso.
- d) Defecto, omisión o error en la constitución del depósito.

El letrado de la Administración de Justicia concede a la parte recurrente, con carácter previo a que se resuelva sobre el anuncio o preparación, un **plazo** de 5 días para la subsanción de los defectos advertidos.

**Si** se produce la **subsanción** requerida, el procedimiento continúa; por el contrario, si **no** se procede a **subsancar** el defecto observado en el plazo concedido, se dicta auto teniendo por no anunciado el recurso, auto que será igualmente **recurrible** en queja, previo su intento de reposición.

#### Precisiones

También tienen la consideración de **defectos subsancables** otros tantos que van vinculados al **escrito de interposición del recurso** como son, la ausencia de firma de letrado en el escrito de interposición, la no presentación de copias de este mismo escrito para la parte contraria, o la falta de designación en él de un domicilio en la sede de la sala de lo social competente para resolver el recurso, la consignación en entidad bancaria distinta a la señalada; el anuncio en juzgado distinto o asunto diferente; anuncio por persona no legitimada.

#### 8659 Interposición del recurso

(LRJS art.196)

El escrito de interposición del recurso de suplicación debe presentarse en el **plazo** de 10 días hábiles desde la notificación de la puesta a disposición de los autos, ante el juzgado que dictó la resolución que se impugna, con tantas copias como partes hayan comparecido en el mismo.

En el escrito deben **expresarse** con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se considere infringida, razonando la pertinencia y fundamentación de los motivos ( LRJS art.196 ) ( TS 7-5-96 ).

Deben señalarse, de manera suficiente para que sean identificados, los **documentos o pericias** en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicar la formulación alternativa que se pretende.

Además, el recurrente debe hacer constar un **domicilio** en la sede del órgano *ad quem* a efectos de notificaciones ( LRJS art.198 ). La jurisprudencia ha considerado que su omisión constituye un defecto subsanable.

Por tanto, el escrito de interposición del recurso es esencialmente **formalista**, estando sujeto a unos estrictos cánones, de modo que el éxito del recurso está condicionado en gran medida a una correcta redacción de aquel y a una adecuada exposición de los motivos que constituyen su objeto.

#### 8661 Presentación de documentos y alegaciones de hecho (LRJS art.233)

Se permite al recurrente la presentación de algún documento ( LEC art.270 ) o escrito que contenga elementos de juicio necesarios para evitar la **vulneración de un derecho fundamental**. La norma procesal nos lleva a pensar que cabe distinguir entre dos situaciones o supuestos: por un lado, la posibilidad de que se aporten determinados **documentos** que cumplan las condiciones exigidas en este precepto; y, por otro, la de que se presente un **escrito** que contenga elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental. Si bien no siempre ha sido así ( TS auto 14-2-03 ).

También se permite la presentación ante la sala de lo social de algún escrito que contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental, referente a **hechos nuevos o de nuevo conocimiento**, encaminados a evitar la vulneración de un derecho fundamental, no de cualquier otro derecho. Nada se establece en relación con el **plazo** de que se dispone para poder presentar los documentos de la LEC art.270 o el escrito que contenga elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

#### 8662 El momento inicial para hacer uso de la facultad de aportación de nueva prueba documental o de escrito de alegaciones es el de interposición del recurso de suplicación. No cabe en momento anterior puesto que el art.233 LRJS -sistemáticamente ubicado en sede de recursos- es inaplicable al proceso de instancia.

El **momento final** para la presentación o alegación coincide con el del día del señalamiento para la votación y fallo de la sentencia, pues marca el momento preclusivo de alegaciones. Se exceptúan las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa dictadas o notificadas en fecha no anterior al del señalamiento, siempre que pudieran resultar condicionantes para resolver el recurso ( LEC art.271 ).

Se admite la posibilidad de que no sea solo el recurrente quien presente escritos o documentos ( LRJS art.233 ; TS 5-1-00 ; 19-2-91 ).

#### 8663 La admisión del documento o de las alegaciones puede comprender varios momentos decisorios e implicar diferentes efectos respecto a la resolución del recurso:

**a)** Un momento inicial o previo -de **admisibilidad**- en el que la sala, bien por auto o en la misma sentencia, dilucida si el documento o la alegación son formal y legalmente admisibles. Si el documento no se halla comprendido en ninguno de los casos mencionados en el art.270 LEC o la alegación está desligada, *prima facie*, con la evitación de vulneración de un derecho fundamental, desplegará el siguiente efecto: el recurso continuará su tramitación como si el documento o la alegación no existieran.

**b)** Otro posterior -de **eficacia de la admisión**-, si el documento o la alegación son formalmente admisibles, debe ser la sentencia la que realice un enjuiciamiento definitivo, y pueden ocurrir que:

1.El **documento o la alegación** admitida o incorporada a los autos **carezca de relevancia o eficacia** probatoria relevante para decidir el recurso. En este caso, los efectos son los mismos que los de la admisibilidad inicial: no se toman en consideración los documentos o las alegaciones y se dicta sentencia por la sala.

2. La sala considere que el **documento o la alegación tienen eficacia probatoria** para la resolución del recurso, y tratándose de un documento o alegación que adquiere carácter fundamental para la resolución de la controversia, puede potencialmente variar el sentido del fallo. En este caso, procede la anulación de las actuaciones, remitiendo los autos con los nuevos documentos al juez de lo social, a fin de que valore el nuevo documento y dicte nueva sentencia en instancia.

La anulación, en este último supuesto, se impone por tres razones:

- porque la valoración de la prueba en el orden social está atribuida al órgano jurisdiccional que conoce en la instancia, sin que la sala que resuelve el recurso de suplicación tenga atribuida la apreciación de las pruebas, y sí el examen del motivo ( LRJS art.193.b );

- por aplicación del doble grado jurisdiccional;

- porque el objeto de los recursos extraordinarios como el de suplicación no es propiamente el examen de la cuestión de fondo sino el examen de la corrección jurídica de la sentencia de instancia ( TS 5-1-00 ; TSJ Aragón 27-4-05 ).

En todo caso, la aportación por las partes recurrente o recurrida de un documento o escrito de alegación de estas características envuelve implícitamente una **petición anulatoria** ( LOPJ art.240.2 párrafo segundo ).

Si el documento o el escrito fueran admitidos a trámite e incorporados a autos, debe ser en la **sentencia** donde se realice su valoración y se adopte la decisión oportuna, ya sea evitando o reparando la vulneración del derecho fundamental de que se trate, ya sea tomando en consideración el documento presentado. En este último caso, y si el **documento** puede resultar **trascendente** para la resolución del litigio, se debe proceder a declarar la nulidad de las actuaciones y su reposición al momento de celebración del acto del juicio oral, a fin de que se vuelva a celebrar este para que el juez de instancia forme de nuevo su convicción tras valorar la nueva prueba documental aportada en relación con el resto de las pruebas que pudieran practicarse en él ( TS 5-1-00 ).

#### 8665 Impugnación del recurso (LRJS art.197)

Interpuesto el recurso en tiempo y forma o subsanados sus defectos u omisiones, el letrado de la Administración de Justicia debe proveer en el plazo de 2 días dando traslado del mismo a la parte o partes recurridas para su impugnación, concediendo un **plazo único** de 5 días para todas.

Su **contenido** debe limitarse a contestar al recurso interpuesto sin que quepa la posibilidad, como ocurre en el recurso de apelación del proceso civil, de interponer a su vez recurso contra la resolución recurrida.

Los escritos de impugnación también han de presentarse con las correspondientes **copias** para su traslado a las partes. En la impugnación se pueden oponer los **motivos** que se estimen de inadmisibilidad del recurso, se podrán alegar eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias que alegadas no hubieran sido estimadas en la sentencia, con los mismos requisitos que para la formalización del recurso. El impugnante puede limitarse a oponerse al recurso o puede alegar motivos de inadmisibilidad del recurso, rectificaciones de hechos, o causas de oposición subsidiarias. Sin embargo, no es el cauce oportuno para solicitar la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada ( TS 15-10-13, EDJ 253209 ).

En el escrito de impugnación debe hacerse constar, además, un **domicilio** en la sede de la sala de lo social del tribunal superior de justicia a efectos de notificaciones, de no haberlo consignado previamente ( LRJS art.198 ).

El **fin** primordial de esta fase procesal es la defensa de la propia sentencia solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Del escrito o escritos de impugnación se da **traslado** a las partes. De haberse formulado en dichos escritos **alegaciones sobre inadmisibilidad** del recurso o los motivos, las demás partes pueden presentar directamente sus alegaciones al respecto, junto con las correspondientes copias para su traslado a las demás partes, dentro de los 2 días siguientes a recibir el traslado del escrito de impugnación.

#### 8668 Remisión de los autos

Transcurrido el plazo de impugnación, háyanse presentado o no escritos de impugnación, se elevan los autos a la sala de lo social del tribunal superior de justicia, junto con el recurso y con aquellos escritos, dentro de los 2 días siguientes.

Una vez recibidas las actuaciones en la sala de lo social del tribunal superior de justicia, se procede a la **designación de magistrado ponente** de acuerdo con las normas de reparto previamente establecidas, lo que se notifica a las partes ( LOPJ art.203 ; LEC art.180 y 181 ). En este punto se deben tener en cuenta las previsiones legales en materia de **abstención y recusación** de jueces y magistrados ( LOPJ art.223 ).

#### b. Trámites ante el órgano «ad quem»

(LRJS art.199 y 200)

8670 Recibidos los autos en la sala de lo social del tribunal superior de justicia, si el letrado de la Administración de Justicia aprecia **defectos u omisiones** en el recurso de los considerados como subsanables, concede a la parte el plazo de 5 días para que se aporten los documentos omitidos o se subsanen los defectos apreciados. Si **no se efectúa la subsanación**, la sala dicta auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida, con devolución del depósito constituido y remisión de las actuaciones al juzgado de procedencia.

Contra dicho auto únicamente cabe **recurso** de reposición.

Instruido de los autos por 3 días, el **magistrado ponente** da cuenta a la sala del recurso interpuesto y esta, identificando de forma sucinta las circunstancias justificativas, puede **oír al recurrente** por 3 días sobre la inadmisión del recurso por haberse incumplido de manera manifiesta e insubsanable los requisitos para recurrir o por existir doctrina jurisprudencial unificada del Tribunal Supremo en el mismo sentido que la sentencia recurrida.

Si la sala estima que concurre alguna de las **causas de inadmisión** referidas dicta, en el plazo de 3 días, auto contra el que no cabe recurso declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida con imposición de las

costas al recurrente y pérdida del depósito necesario para recurrir, dándose a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda y notificando la resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Cuando la **inadmisión** se refiera solamente a **alguno de los motivos** aducidos o a alguno de los recursos interpuestos, mediante auto no susceptible de recurso se dispondrá la continuación del trámite de los restantes recursos o motivos no afectados por el auto de inadmisión parcial.

#### 8672 Sentencia

(LRJS art.201 y 202)

De no haberse acordado la inadmisión, previo señalamiento para deliberación, votación y fallo, la sala dicta **sentencia** dentro del plazo de 10 días. Este plazo comienza a correr desde que se hubiera producido la subsanación de los defectos u omisiones observados, o desde el transcurso de los 3 días concedidos al magistrado ponente para instruirse de los autos, cuando no se decida abrir el trámite de inadmisión.

La sentencia se **notifica** a las partes y a la Fiscalía de la comunidad autónoma que son quienes están legitimados para interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina ( LRJS art.218 s ).

La sentencia debe resolver sobre la **estimación o desestimación del recurso**, así como, en su caso, sobre las cuestiones oportunamente suscitadas en impugnación, o apreciando su inadmisibilidad y desestimándolo en consecuencia. La estimación del recurso da lugar a la anulación o revocación de la sentencia recurrida y la desestimación del mismo determina la confirmación de la resolución recurrida.

El contenido de la sentencia debe de ser **congruente** con lo solicitado por el recurrente en el escrito de interposición del recurso: debe dar respuesta a todos y cada uno de los motivos que hayan sido objeto de aquel, entre otras cuestiones, sobre la petición de nulidad de actuaciones, sin que pueda pronunciarse sobre cuestiones que no le hayan sido planteadas, ni sobre infracciones que no hayan sido expresamente denunciadas ( TCo 226/2002 ; 18-10-93 ; 294/1993 y 235/1992 ).

El **sentido del fallo** depende del motivo del recurso:

a) Si se estima la **infracción de normas y garantías del procedimiento** que hayan producido indefensión, sin entrar en el fondo del asunto, se declara la nulidad de actuaciones con retroacción de las actuaciones al momento previo a la producción de la infracción. Si la infracción lo es sobre las normas que regulan la sentencia, la sala debe resolver lo que proceda, conforme a las cuestiones suscitadas, salvo si los hechos probados fueran insuficientes o no pudieran completarse y no pudiera resolver en cuyo caso ha de acordar la nulidad de toda o de parte de la resolución y de lo actuado posteriormente y, si la nulidad es parcial, ha de concretar qué parte conserva su firmeza reponiendo las actuaciones al momento del dictado de la sentencia para que se salven las deficiencias advertidas.

b) En los siguientes supuestos la sala sí ha de **resolver sobre el fondo** del asunto:

- Si **se estima la revisión de hechos probados**, la sala fija la versión fáctica que estime procedente.

- Si **se estima la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia**, la sentencia da solución al planteamiento del recurrente, y a la oposición del escrito de impugnación, incluso de las cuestiones no resueltas por haberse estimado alguna excepción que impidiera entrar a conocer del fondo del asunto dando lugar a la estimación parcial o total o a la desestimación. Asimismo, la sentencia se ha de pronunciar sobre el destino del depósito, sobre la consignación para el aseguramiento de la condena y sobre las costas y multas impuestas a las partes, indicando los recursos procedentes. En los supuestos en que se haya impuesto **multa** a alguna de las partes por obrar con mala fe o temeridad, la sentencia también la confirmara o revocará, pudiendo imponer, en su caso, las sanciones correspondientes si la mala fe o temeridad se pone de manifiesto durante el recurso.

Firme la sentencia, el letrado de la Administración de Justicia acuerda la **devolución de los autos**, junto con la certificación de aquella, al juzgado de procedencia

#### 8675 Costas del recurso

La sentencia impone las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del **beneficio de justicia gratuita**.

Las costas incluyen los **honorarios** del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso, sin que dichos honorarios puedan superar la cantidad de 1.200 euros en recurso de suplicación, y de 1.800 euros en recurso de casación ( LRJS art.235.1 ). No altera esta regla la circunstancia de que habiendo sido recurrida la sentencia de instancia tanto por el empresario como por el trabajador, ambos recursos fueran desestimados ( TS 20-11-01 ).

No se imponen costas cuando se trate de proceso sobre **conflicto colectivo**, en el que cada parte debe hacerse cargo de las costas causadas a su instancia; si bien en estos casos la sala puede imponer el pago de las costas a la parte que en dicho proceso hubiera recurrido con temeridad o mala fe ( LRJS art.235.2 ).

La sala que resuelva el recurso de suplicación o casación o declare su inadmisibilidad puede imponer a la parte recurrente que haya obrado con mala fe o temeridad, o cuando entienda que el recurso se interpuso con propósito dilatorio, la **multa** correspondiente ( LRJS art.75.4 y 97.3 ). Igualmente en tales casos impone a dicho litigante, excepto cuando sea trabajador, funcionario, personal estatutario o beneficiario de la Seguridad Social, los **honorarios** de los abogados y, en su caso, de los graduados sociales colegiados actuantes en el recurso dentro de los límites fijados. Cuando la sala pretenda **imponer de oficio** las anteriores medidas, oirá previamente a las partes personadas en la forma que establezca.

Finalmente, y en consonancia con el predicado carácter conciliador de la LRJS, establece que las partes podrán alcanzar **convenio transaccional**, que habrá de constar por escrito, en cualquier momento durante la tramitación del recurso ( LRJS art.235.4 ). Esta transacción, no obstante, no ha de suponer lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho y deberá ser homologada por el órgano jurisdiccional que se encuentre tramitando el recurso, mediante auto. En ese caso, cada parte asume las costas, con devolución del depósito constituido. Cabe la **impugnación de la transacción** judicial así alcanzada, al igual que lo acordado en conciliación o mediación prejudiciales ( LRJS art.67 ) o en conciliación judicial ( LRJS art.84.6 ). Se efectúa ante el tribunal que homologó mediante auto el acuerdo, mediante acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, en el caso de ejercitarla alguna de las partes, o de ejercitarla posibles perjudicados fundamentada en su ilegalidad o lesividad. Contra la sentencia dictada resolviendo la impugnación no cabe recurso.

### 8677 Consignaciones (LRJS art.204)

Los efectos que pueden producir la resolución dictada en suplicación afecta principalmente a las consignaciones y depósitos efectuados, en su caso, por el recurrente y dependiendo de la revocación o no de la sentencia de instancia puede ordenar la devolución o no de dichas consignaciones o depósitos.

Así, si la sala **confirma la sentencia** de instancia, el fallo debe condenar a la pérdida de las consignaciones, dándose a las mismas el destino legal que corresponda ( LRJS art.204.1 ). Por el contrario, si se **revoca la sentencia** de instancia, el fallo debe disponer la devolución de todas las consignaciones y del depósito y la cancelación de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia ( LRJS art.203.1 ).

Si estimado el recurso se condena a una **cantidad inferior a la resolución recurrida**, el fallo dispone la devolución parcial de las consignaciones en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados una vez firme la sentencia y la devolución completa del depósito para recurrir. Si el tribunal hubiera impuesto multa a la parte que obró con temeridad o mala fe ( LRJS art.75.4 y 97.3 ) la sentencia debe proceder a la confirmación, en todo o en parte, de dicha multa.

### 3. Recurso de casación (LRJS art.205 a 219 )

---

8680 El recurso de casación es un recurso **devolutivo**, porque el conocimiento y resolución se confiere a un órgano judicial distinto y superior de aquel que dictó la resolución impugnada, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ( LOPJ art.59 y LRJS art.205 ); y **extraordinario** pues solo procede en los supuestos y por los motivos tasados ( LRJS art.205 ).

Su **finalidad** no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento ( TS Auto 16-11-96 ).

### 8681 Competencia (LRJS art.205.1)

Es competente la Sala de lo Social del **Tribunal Supremo** para conocer los recursos de casación interpuestos contra las sentencias y otras resoluciones dictadas en única instancia por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

La **falta de competencia funcional** tiene, en principio, el mismo tratamiento que la falta de jurisdicción o de competencia objetiva ( LOPJ art.9.6 ). Su inexistencia determina la nulidad de pleno derecho ( LOPJ art.238.1 y LEC art.225.1.º ).

### 8682 Legitimación y postulación

La **legitimación** para recurrir las resoluciones judiciales corresponde únicamente a aquellos en quienes concurra la doble condición de haber sido parte en el proceso y de haberse visto afectado desfavorablemente por la resolución dictada ( LEC art.448.1 ; TS 21-6-92 ; AP Alicante 10-4-02 ).

El **nombramiento de letrado** se realiza por las partes ante la sala de lo social de procedencia dentro del plazo señalado para su preparación o impugnación, según proceda ( LRJS art.231.2 ). Se entiende que asume la representación del recurrente el mismo letrado que hubiera actuado con tal carácter ante la sala de instancia o de suplicación, salvo que se efectúe expresamente nueva designación. Cuando el recurrente **no** hiciere **designación expresa** de letrado o de graduado social colegiado, si es un trabajador o beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita, salvo que tuviere efectuada previamente designación de oficio, se le nombrará letrado de dicho turno por el juzgado en el día siguiente a aquel en que concluya el plazo para anunciar el recurso de suplicación ( LRJS art.231.4 ).

### 8683 Resoluciones recurribles

(LRJS art.206)

Son recurribles en casación:

**1)** Las **sentencias** dictadas en única instancia por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Quedan fuera del recurso las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden social en LRJS art.2 n) y s) que sean susceptibles de valoración económica cuando la cuantía litigiosa no exceda de 150.000 euros.

En todo caso, con independencia de su cuantía, son recurribles en casación las sentencias dictadas en procesos de impugnación de la resolución administrativa recaída en **despidos colectivos fundados en fuerza mayor** ( ET art.51.7 ).

**2)** Los siguientes **autos**:

**a)** Los que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que la sala, antes del acto de juicio, declare la falta de jurisdicción o competencia.

**b)** Los dictados por dichas salas que resuelvan el recurso de reposición, o de revisión en su caso, interpuesto contra la resolución que disponga la terminación anticipada del proceso:

- por satisfacción extraprocesal o pérdida sobrevenida de objeto;

- por falta de subsanación de los defectos advertidos en la demanda no imputable a la parte o a su representación procesal o por incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio, siempre que por caducidad de la acción o de la instancia u otra causa legal no fuera jurídicamente posible su reproducción ulterior.

**c)** Los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que dicten dichas salas y los autos que decidan el recurso de revisión interpuesto contra los decretos del letrado de la Administración de Justicia, dictados unos y otros en ejecución definitiva de sentencia, en los siguientes casos:

- cuando denieguen el despacho de ejecución;

- cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado;

- cuando pongan fin al procedimiento incidental en la ejecución decidiendo cuestiones sustanciales no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo. En los mismos casos, procede también recurso de casación en ejecución provisional cuando excedan materialmente de los límites de la misma o declaren la falta de jurisdicción o competencia del orden social.

### 8684 Motivos

(LRJS art.207)

El recurso de casación contra sentencias solo se puede interponer por alguno de los siguientes motivos:

**a) Abuso, exceso o defecto** en el ejercicio de la **jurisdicción** ( LOPJ art.21 y 25 ; TS de 19-10-98 ).

**b) Incompetencia o inadecuación de procedimiento.** La incompetencia hace referencia a las cuestiones vinculadas con la competencia objetiva, funcional y territorial. Por su parte, la inadecuación de procedimiento alude a la selección de las reglas procedimentales y la correspondiente opción entre las del juicio ordinario y las de una determinada modalidad procesal o entre estas entre sí, si bien no cualquier inadecuación procedimental da lugar a la casación de una sentencia ( TS 8-6-93 ).

**c) Quebrantamiento de las formas** esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. Entrarían dentro de este motivo desde las cuestiones relacionadas con la motivación, congruencia y coherencia interna, hasta las vinculadas con la composición de la sala sentenciadora, pasando, entre otras, por el respeto de la cosa juzgada, la necesaria resolución de las cuestiones previas planteadas o la imposibilidad de modificar las sentencias una vez firmadas ( TS 24-2-05 ).

**d) Error en la apreciación de la prueba** basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Para que la **denuncia del error** pueda ser apreciada en el recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes **requisitos**:

- que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico;
- que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador;
- que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos;
- que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia;
- infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( TS 30-5-07 ).

#### a. Trámites ante el órgano «a quo»

### 8685 Preparación

(LRJS art.208 y 209.1 y 2)

El recurso de casación debe prepararse en el **plazo** de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para considerarlo preparado la **manifestación** de las partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante de su propósito de entablarlo en el momento de la notificación. También puede prepararse **por comparecencia o por escrito** de las partes o de su abogado graduado social colegiado o representante, dentro del mismo plazo, ante la sala que dictó la resolución que se impugna.

La preparación del recurso de casación debe ir precedida de la **consignación o aseguramiento** del importe de la condena cuando en la instancia se haya producido una susceptible de aseguramiento ( LRJS art.230 ). En caso contrario, el recurso no resulta admisible ( TS auto 5-7-99 ; 4-12-00 ).

Una vez manifestado por la parte recurrente su propósito de recurrir, la sala del tribunal superior de justicia o de la Audiencia Nacional, realiza un **estudio preliminar de la preparación del recurso** y como resultado del mismo cabe:

- la **admisión de la preparación**: si se cumplen los requisitos establecidos para recurrir, el letrado de la Administración de Justicia tiene por preparado el recurso o los recursos de casación. Contra esta resolución la parte recurrida no puede interponer recurso alguno, pero puede oponerse a la admisión del recurso de casación en el trámite de alegaciones sobre la interposición ( LRJS art.211.1 );
- la apreciación de **defectos subsanables**: el letrado de la Administración de Justicia requiere su subsanación ( LRJS art.230.5 ), dando cuenta a la sala si esta no se produjera para que resuelva lo que proceda;
- la **inadmisión de la preparación**: si la resolución impugnada no fuera recurrible en casación, si el recurso no se hubiera preparado dentro de plazo, o si el recurrente hubiera incumplido los requisitos necesarios para la preparación del recurso de modo insubsanable o no hubiera subsanado dichos requisitos dentro del término conferido al efecto ( LRJS art.230.5 ), la sala de instancia declara, mediante auto, tener por no preparado el recurso, quedando firme, en su caso, la resolución impugnada. Contra este auto puede recurrirse en queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

### 8685.1 Interposición

(LRJS art.209.3 y 210)

Si se tiene por preparado el recurso, el letrado de la Administración de Justicia concede a la parte o partes recurrentes, por el orden de preparación del recurso, el **plazo** de 15 días hábiles para formalizar el recurso.

El **escrito** de formalización o interposición del recurso, que ha de seguir la correcta técnica casacional expresando claramente los fundamentos, preceptos infringidos y los motivos de casación ( LRJS art.207 ), se presenta ante la sala que dictó la resolución impugnada, por el **abogado** designado al efecto quien, de no indicarse otra cosa, asume desde ese momento la representación de la parte en el recurso.

Deben acompañarse tantas **copias** como partes recurridas y designando un **domicilio** a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica ( LRJS art.53.2 ).

### 8686 Admisión e inadmisión del recurso



Si el recurso no se hubiera formalizado dentro del plazo conferido al efecto o si en el escrito se hubiesen omitido de modo manifiesto los requisitos exigidos, la sala dicta **auto** poniendo fin al trámite del recurso quedando firme, en cuanto a dicha parte recurrente, la sentencia o resolución impugnada. Contra dicho auto, previa reposición ante la sala, procede **recurso** de queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

**Formalizado el recurso** con los requisitos pertinentes, el letrado de la Administración de Justicia da **traslado** a las demás partes por un plazo de 2 días para su impugnación.

### 8687 Impugnación

(LRJS art.211)

El escrito de impugnación debe presentarse en el **plazo** común de 10 días, acompañado de tantas **copias** como sean las demás partes para su traslado a las mismas.

Deben **expresarse por separado** los distintos motivos de impugnación, correlativos a los de casación formulados de contrario y las causas de inadmisión que estime concurrentes, así como, en su caso, otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante, observando análogos requisitos que los exigidos para la formalización del recurso.

El escrito debe estar **suscrito por letrado**, quien de no indicarse otra cosa asume desde ese momento la representación de la parte en el recurso, designando **domicilio** con todos los datos necesarios para notificaciones en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Durante el plazo de impugnación los **autos** se encuentran a **disposición** de la parte o del letrado que designe a tal fin, en la oficina judicial de la sala para su entrega o examen. En el caso de que la sala disponga de los autos en **soporte electrónico** o pueda accederse a ellos por medios telemáticos, puede sustituir el traslado material de las actuaciones por tales medios ( LRJS art.48.1 ).

Del escrito de impugnación se da **traslado**, en su caso, a las partes para alegaciones. De haberse formulado en dichos escritos **alegaciones sobre inadmisibilidad** del recurso o los motivos subsidiarios de fundamentación de la sentencia recurrida ( LRJS art.210 ) las demás partes, si lo estiman oportuno, puedan presentar directamente sus alegaciones al respecto, junto con las correspondientes copias para su traslado a las demás partes, dentro de los 5 días siguientes a recibir el escrito de impugnación.

Transcurrido el plazo de impugnación y, en su caso, el de alegaciones **se remiten los autos** al órgano *ad quem*, esto es, a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro de los 5 días siguientes ( LRJS art.212 ).

#### b. Tramitación ante el órgano «ad quem»

### 8688 Decisión sobre la admisión del recurso

(LRJS art.213)

Recibidos los autos en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, si el letrado de la Administración de Justicia aprecia **defectos subsanables**, concede a la parte un plazo de 5 días para la aportación de los documentos omitidos o la subsanación de los defectos apreciados. Si no se procede a la subsanación en el tiempo y forma establecidos, la Sala dicta auto de inadmisión del recurso declarando la firmeza en su caso de la resolución recurrida, con pérdida del depósito constituido y remisión de las actuaciones a la sala de procedencia. Contra dicho auto solo procede recurso de reposición.

Si el letrado de la Administración de Justicia aprecia **defectos insubsanables** da cuenta a la sala para que esta adopte la resolución que proceda.

Si el letrado no aprecia defectos, o una vez subsanados los advertidos, da cuenta al magistrado ponente para **instrucción de los autos** por 3 días. El magistrado ponente da cuenta a la sala del recurso interpuesto y esta, si estima que concurre **causa de inadmisión**, previo informe del Ministerio Fiscal por 5 días, dicta auto inadmitiendo el recurso. De no haberse alegado la causa de inadmisibilidad en la impugnación, con carácter previo oirá al recurrente sobre dicho extremo por 5 días.

Son **causas de inadmisión** en este momento procesal del recurso: el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir, la carencia sobrevenida del objeto del recurso, la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

Si la sala estima que concurre alguna de las causas de inadmisión referidas, dicta en el plazo de 3 días auto declarando la **firmeza de la resolución** recurrida con imposición de costas al recurrente y con pérdida del depósito necesario para recurrir, dándose a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, notificando la resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, sin que quepa recurso contra dicha resolución.

Cuando la inadmisión se refiera solamente a **alguno de los motivos** aducidos o a alguno de los recursos interpuestos, mediante auto no susceptible de recurso, se dispone la continuación del trámite de los restantes recursos o motivos no afectados por el auto de inadmisión parcial.

#### 8689 Informe del Ministerio Fiscal (LRJS art.214.1)

Tras la instrucción de los autos por el magistrado ponente y la dación de cuenta a la sala, en su caso, se produce la confirmación de la admisión del recurso. Y a continuación, ya se haya admitido parcial o totalmente el recurso o recursos, el letrado de la Administración de Justicia pasa los autos a la Fiscalía de lo Social del Tribunal Supremo, en soporte convencional o electrónico, para que en el **plazo** de 10 días, informe sobre la procedencia o improcedencia de la casación pretendida.

#### Precisiones

El traslado debe efectuarse igualmente, a los estrictos fines de defensa de la legalidad, cuando el Ministerio Fiscal sea **parte en el proceso**. Es decir, en los casos de impugnación de estatutos de sindicatos u organizaciones empresariales o de tutela del derecho de libertad sindical o de otros derechos fundamentales -en los que el Fiscal es siempre parte ( LRJS art.173.3 y 177.3 )-, el informe del Fiscal es siempre preceptivo en la casación laboral ordinaria.

#### 8690 Vista (LRJS art.214.2)

Devueltos los autos por el Ministerio Fiscal junto con su informe, si la sala lo estima necesario el letrado de la Administración de Justicia señala día y hora para la celebración de la vista. Debe celebrarse dentro del **plazo** de los 10 días siguientes.

Si no se señala para vista o ya se hubiese celebrado, el tribunal señala día y hora para **deliberación, votación y fallo**, dentro de los 10 días siguientes.

#### 8691 Sentencia (LRJS art.214.2, 215, 216 y 217)

Tras la celebración, en su caso de la vista, o bien tras la votación, la sala resuelve el recurso dictando sentencia en el **plazo** de 10 días. La sentencia puede ser desestimatoria del recurso planteado, en cuyo caso se confirma la dictada en instancia, o puede ser estimatoria del recurso, con las siguientes consecuencias:

1. El fallo de la sentencia **estimatoria** puede contener alguno de los siguientes pronunciamientos:

a) Si se estima la **falta de jurisdicción o incompetencia e inadecuación del procedimiento**, el pronunciamiento de casación es meramente anulatorio.

b) Si se estiman las **infracciones procesales** ( LRJS art.207.c ), se dicta un pronunciamiento de nulidad de actuaciones reponiéndolas al momento de la infracción -y si se produjo en el juicio, al momento del señalamiento-.

Cuando la infracción reconocida en casación verse sobre las normas reguladoras de la sentencia, como es el caso, por ejemplo, de los problemas de congruencia, la sala debe resolver el debate de fondo.

c) Si se estima alguno de los **restantes motivos** en que puede fundarse un recurso de casación, la sala resuelve lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resulten suficientes.

Cuando el recurso de casación se estime, si el recurrente hubiera consignado en metálico la cantidad objeto de condena o la hubiera asegurado, así como constituido el depósito necesario para recurrir, el fallo ordenará la devolución de todas las **consignaciones** y del **depósito** y la cancelación de los **aseguramientos** prestados.

Si la **condena en casación es inferior** a la prevista en la instancia, el fallo ordenará la devolución parcial de las consignaciones y la cancelación parcial de los aseguramientos.

En todos los supuestos de **estimación parcial** del recurso, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

2. Por el contrario, si el recurso es **desestimado**, la consignación se pierde -y el aseguramiento se mantiene hasta la ejecución de la sentencia confirmada- ( LRJS art.217 ). Y lo mismo ocurre con el depósito de cantidad fija ( LRJS art.229.3 ).

En el caso de que la sala de instancia haya impuesto una **multa** a la parte que obró con mala fe o temeridad, la sentencia de la sala se pronuncia sobre dichos extremos, así como sobre los **honorarios de los abogados** si hubieran sido impuestos en la sentencia recurrida. La sala puede imponer dichas **sanciones** y medidas a los recurrentes de apreciarse temeridad o mala fe en la actuación de las partes o su representación procesal durante el recurso ( LRJS art.217.2 ).

#### 4. Recurso de casación para unificación de doctrina

(LRJS art.216 a 226 )

8695 Es un recurso de **carácter extraordinario**, por lo que solo se puede articular en base a los motivos y con las formalidades que la ley exige. Se **resuelve** por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El recurso tiene por **objeto** la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras salas de los referidos tribunales superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos. **No** se requiere dicha **contradicción** cuando se interponga por el Ministerio Fiscal en su función de defensa de la legalidad (nº 8714 ).

Es un recurso **eminente formal** por cuanto que los requisitos rituales han de cumplirse escrupulosamente.

Es un **recurso excepcional**, que tiende fundamentalmente a garantizar la homogeneidad de la doctrina de los tribunales laborales y la supremacía jurisdiccional del Tribunal Supremo, y aquel carácter de recurso extraordinario justifica la estricta exigencia de los presupuestos de admisibilidad materiales y formales para evitar que se convierta en un tercer grado jurisdiccional con el único objetivo de examinar la infracción legal, función que la ley no le ha atribuido. Supone una excepción al principio del doble grado jurisdiccional, de manera que la pretensión primero se ventila en el juicio de instancia, posteriormente en suplicación y por último, en el recurso de casación para la unificación de doctrina ( TCo 26-9-94 ; 234/1993 ; 126/1994 ; auto 260/1993 ).

#### 8697 Sentencias recurribles

(LRJS art.218)

El recurso de casación para la unificación de la doctrina puede interponerse frente a las **sentencias dictadas en suplicación** por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia. Sólo pueden ser recurridas las sentencias, lo que impide el acceso a otra serie de resoluciones como los autos ( TS auto 30-9-96 ).

En consecuencia, solo cabe **frente a**:

- sentencias, no cabe frente a autos ( TS auto 24-1-91, Rec 1134/90 );
- dictadas por los tribunales superiores de justicia, nunca de otros tribunales o juzgados de lo social;
- dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, no por otros órdenes jurisdiccionales;
- dictadas en suplicación. No cabe este recurso contra las sentencias dictadas por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia en única instancia ( LRJS art.7. a ) o resolviendo otro tipo de recursos como los que se interpongan contra autos;
- solo puede versar como una tercera instancia contra las sentencias dictadas por los jueces de lo social que sean susceptibles de recurso de suplicación, de manera que no existe una especialidad objetiva para los recursos de casación para la unificación de doctrina distinta que la atribuida a la suplicación. Por tanto, en cuanto que por razón de la materia o de la cuantía la sentencia del juzgado sea susceptible de recurso de suplicación lo será también del singular recurso de casación para la unificación de doctrina ( TS 16-4-09 ).

#### Precisiones

La sentencia dictada en suplicación objeto del recurso puede recaer sobre **cuestiones sustantivas o procesales** ( TS 4-12-91 ). En cambio, no puede recaer sobre sentencias que se pronunciaron sobre **cuestiones preprocesales**

como pueden ser las relativas a infracciones normativas en materia de conciliación previa o sobre la tramitación de la reclamación previa ( TS 27-9-07, Rec 1767/05 ).

Además, puede ser objeto de recurso si la pretensión ejercitada ya ha sido resuelta y **unificada en casación** en sentido contrario al pretendido ( TS auto 11-3-98, Rec 2571/97 ).

#### 8699 Sentencias de contraste (LRJS 219.1)

Pueden aportarse como sentencias de contraste (nunca autos) las dictadas por los siguientes tribunales:

- la Sala de lo Social del **Tribunal Supremo**;
- las salas de lo social de los **tribunales superiores de justicia**;
- el **Tribunal Constitucional** o los órganos jurisdiccionales creados en los **tratados y acuerdos internacionales** en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, en procesos sobre tutela de derechos y libertades fundamentales;
- las sentencias dictadas por el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (TJUE) en interpretación del derecho de la Unión Europea.

La sentencia tomada de contraste debe ser **firme** a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso, pues solo en este caso puede predicarse una contradicción entre la sentencia recurrible y la tomada para la comparación ( LRJS art.221.3 ). En este sentido, la **fecha** que ha de tomarse para acreditar la firmeza de la sentencia de contraste es la de la publicación de la sentencia recurrida ( TS 14-7-95 ; 10-7-01 ). Se ha entendido que son idóneas las que han adquirido firmeza con anterioridad a las 15:00 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición del recurso ( TS 5-2-13, Rec 946/12 ).

Las sentencias de contraste **no** pueden haber sido **casadas ni anuladas** ( TS 26-11-04, EDJ 184930 ).

#### Precisiones

**1) No pueden ser alegadas** como sentencias contradictorias las sentencias dictadas por:

- el Tribunal Central de Trabajo ( TS auto 15-2-93, Rec 1794/92 );
- la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ( TS auto 8-4-99, Rec 2028/98 );
- el Tribunal Constitucional ( TS auto 15-1-93, Rec 2720/91 );
- la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo ( TS 16-10-92 );
- las salas de lo social de los tribunales de justicia de las comunidades autónomas, cuya doctrina ha sido declarada errónea y dañosa en recurso en interés de ley por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ( TS auto 13-3-91 y 9-4-91 ) o las dictadas en única instancia.

**2) Sí se permite**, en cambio, citar como sentencia de contraste las dictadas en conflicto colectivo en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada en conflicto individual ( TS 14-7-00 ).

#### 8703 Elementos de la contradicción (LRJS art.219.1)

Las sentencias deben ser contradictorias entre sí, con otra u otras diferentes en **idéntica situación** donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubieran llegado a **pronunciamientos distintos** ( TS 25-2-03 ). Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de pronunciamientos recaídos en conflictos sustancialmente iguales ( TS auto 14-10-91 ). Además, la **igualdad** debe ser real y no aparente ( TS 11-10-91 ). La igualdad, por tanto, debe ser sustancial de manera que se permite advertir diferencias fácticas entre la sentencia recurrida y la de contraste, siempre que sean irrelevantes o accidentales respecto al tema controvertido no exigiéndose la identidad absoluta al ser esta de difícil concurrencia.

La sala puede hacer el **juicio de contradicción** de oficio o a instancia de parte, y tanto en el trámite de admisión como en el de resolución de manera que la apreciación de la contradicción puede dar lugar a la inadmisión del recurso o a la desestimación ( TS 25-4-95 ).

Por último, conviene señalar que el control de la identidad es una cuestión de **legalidad ordinaria** que, salvo en los casos de actuación arbitraria, no viola el derecho a la tutela judicial efectiva ( TCo 141/1994 ).

#### 8704 Igualdad entre los elementos subjetivos

La identidad debe referirse a sentencias en las que los litigantes sean los mismos o bien, siendo distintos, se encuentren en la misma posición material aunque no es necesario que ocupen la misma situación como demandantes y demandados o como recurrentes y recurridos, sino que se ventile idéntica pretensión y cada una de las partes

se encuentre en la misma posición en la relación jurídica bien como titular del derecho o como obligado ( TS auto 17-6-94 ).

#### 8705 Igualdad sustancial en los hechos

La finalidad institucional del recurso exige que este **no** pueda descender a la **revisión de los hechos probados** de la sentencia recurrida ni tampoco a la **valoración de la prueba** realizada en dicha sentencia, no pudiendo constituir objeto del recurso el error de hecho, ni tampoco la denuncia sobre las reglas de valoración de la prueba ( TS 14-3-01 ).

De este modo, la comparación se realiza sobre la **relación fáctica** de las sentencias contrastadas con independencia de la realidad material; así, es posible que ante situaciones materialmente iguales no exista contradicción si en una de las sentencias en el recurso de suplicación se revisaron los hechos probados y en la otra no ( TS 14-6-96 ). No obstante, se pueden incorporar aquellos hechos que pudieran surgir de la fundamentación jurídica con valor de hecho probado, o de otra serie de resoluciones o documentos a los que se remita la sentencia ( TS 26-7-93 ).

De otro lado, debemos indicar que aunque los hechos probados de las sentencias son los que van servir de comparación, en los casos en que el enjuiciamiento verse sobre **infracciones del procedimiento**, los actos procesales son los que sirven de fundamento fáctico ( TS 8-5-92 ).

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo sobre la **dificultad para apreciar la identidad fáctica requerida** en determinados tipos de asuntos, entre los que podemos señalar los siguientes:

- recursos sobre la apreciación del grado de incapacidad y prestaciones de Seguridad Social que atiendan el estado patológico del beneficiario ( TS auto 15-1-07 );
- en materia de despidos y sanciones ( TS auto 28-11-07 );
- extinción del contrato por voluntad del trabajador ( TS auto 4-12-92, Rec 42/92 );
- valoración del abuso de derecho y del fraude de ley ( TS 27-10-98 );
- realización de funciones de categoría superior ( TS 31-1-92 );
- existencia de relación laboral ( TS 6-3-02 );
- imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo ( TS 21-2-02 ).

#### 8706 Igualdad en los fundamentos de las sentencias contratadas

El debate debe versar sobre la misma fundamentación jurídica, es decir, sobre la aplicación e interpretación de **idénticas normas jurídicas** producidas en una u otra sentencia. De este modo, no existe contradicción si las normas invocadas para efectuar el contraste no estaban en vigor al tiempo de dictarse la recurrida. No obstante, es posible que la norma aplicada en la sentencia de contraste haya sucedido a otra manteniendo el contenido, o bien, que haya existido un cambio topográfico en la ley, del precepto contrastado ( TS 19-5-95 ).

#### Precisiones

No cabe la **comparación abstracta de doctrinas** ( TS 10-10-17, EDJ 215996 ).

#### 8707 Igualdad de las pretensiones

Las pretensiones contrastadas deben ser sustancialmente iguales, es decir, el **objeto** de lo que se pide y la **causa de pedir** en ambas sentencias deben coincidir, y pueden tener por objeto tanto pretensiones de carácter sustantivo como adjetivo. No obstante, en el caso de que el recurso verse sobre cuestiones procesales la identidad sustancial debe ser tanto sustantiva como adjetiva. Tampoco se puede incorporar al recurso de casación para la unificación de doctrina ninguna cuestión nueva ( TS 29-6-01 ).

#### 8708 Pronunciamientos distintos

(LRJS art.219)

Se exige que tanto el **fallo** como los **razonamientos** que lo sustentan sean divergentes. Ahora bien, no existe contradicción cuando existiendo divergencia en los pronunciamientos, las haya en los hechos o fundamentos de la sentencia, salvo que las diferencias sean de matiz ( TS 12-6-92 ). Ni tampoco puede entenderse que existe divergencia si ambas sentencias absuelven o condenan a la misma parte; ni tampoco, cuando la divergencia se refiere a pronunciamientos *obiter dicta* ( TS 5-7-06 ).

#### 8710 Legitimación para interponer el recurso

El recurso puede prepararlo cualquiera de las partes y el Ministerio Fiscal dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia impugnada.

#### 8711 Partes recurrentes

En principio, como en todo recurso, tiene legitimación activa la **parte perjudicada** por la sentencia dictada en el recurso de suplicación que se pretende recurrir, de manera que haya visto desestimadas total o parcialmente sus pretensiones. Está legitimado, por tanto, el que es **condenado de forma subsidiaria** ( TS 15-10-09 ), así como la **entidad gestora** cuando es condenada a estar y pasar por la declaración ( TS 11-11-09 ).

Carece de legitimación activa quien ha sido completamente **absuelto** toda vez que falta el interés para recurrir al no haberse establecido por la sentencia un perjuicio o gravamen, por ejemplo, cuando lo único que se pretende es combatir la argumentación de la sentencia, salvo que de ello se pueda deducir un interés tangible ( TS 2-7-02 y 3-5-07 ). Tampoco tiene legitimación quien **consintió la sentencia desfavorable** en instancia y, posteriormente, recurre la sentencia de suplicación ( TS 28-2-97 ). No obstante, puede admitirse la legitimación activa para recurrir cuando le ha sido desestimada una excepción que está interesada en sostener ( TS 28-5-92 y 10-4-00 ).

#### 8712 Partes recurridas

Pueden personarse como parte recurrida todas las partes del proceso de suplicación que no sean recurrentes, si bien cuando la sentencia es recurrida por dos o más partes, se puede tener la doble condición de recurrente y recurrida.

#### 8714 Ministerio Fiscal

(LRJS art.219.3 y 220.1; FGE Instr 5/1990 , 4/2002 , 6/2005 )

El Ministerio Fiscal mantiene su **participación tradicional** o común en el marco de este recurso ( LRJS art.220.1 ) atribuyéndole, además, la LRJS una **legitimación extraordinaria** y exclusiva anudada a su función de defensa de la legalidad ( LRJS art.219.3 )

En este segundo sentido, el Ministerio Fiscal puede interponer recurso de casación para unificación de doctrina, tanto de oficio como a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa.

Esta posibilidad se supedita a la **inexistencia doctrina unificada** en la materia de que se trate, circunstancia que, además, debe concurrir con alguno de las siguientes **circunstancias**:

- que se hayan dictado pronunciamientos distintos por los tribunales superiores de justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales;
- que se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o;
- que las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de 5 años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, siempre que no existan aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplan los requisitos exigidos de contradicción.

#### a Trámites ante el órgano «a quo»

#### 8717 Preparación del recurso

(LRJS art.220)

La preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina se realiza en el **plazo** de 10 días a partir de la notificación de la sentencia.

Para el **cómputo del plazo** se aplican las reglas generales sobre los días y horas hábiles, con la singular especialidad de que el **mes de agosto** es inhábil salvo para la tramitación de las siguientes modalidades procesales: despido disciplinario, despido objetivo y colectivo, extinción por voluntad del trabajador por incumplimiento empresarial, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, impugnaciones de altas médicas, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, tanto en el proceso declarativo, como en el trámite de recurso o de ejecución. También es hábil agosto para el ejercicio

de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos a favor de las víctimas de violencia de género ( LRJS art.43.4 ).

**Hasta el 31-12-2015**, todos los escritos y documentos, excepto las papeletas de conciliación y las reclamaciones previas se venían presentando en los registros de la oficina judicial adscrita a los juzgados y salas de lo social, siendo diligenciados por el letrado de la Administración de Justicia o persona habilitada, haciendo constar el día y la hora de presentación y dando recibo al interesado de ello. **En la actualidad**, las comunicaciones y notificaciones de procedimientos se han de hacer en formato electrónico a través de **Lex NET** u otras aplicaciones, así como la presentación electrónica de escritos, documentos u otros medios o instrumentos o el traslado de copias ( LRJS art.44 ; LEC art.135 ).

#### Precisiones

**1) La presentación de un escrito sujeta a plazo** puede efectuarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir este, en la sede del órgano judicial, prohibiéndose la presentación de escritos en el juzgado que preste el servicio de guardia.

**2) El calendario de días hábiles e inhábiles** es el correspondiente al ayuntamiento y comunidad autónoma en que radique la sede del tribunal superior de justicia competente.

#### 8718 Forma y requisitos

(LRJS art.221)

El recurso debe prepararse mediante **escrito** dirigido a la sala de lo social del tribunal superior de justicia que dictó la sentencia de suplicación, con tantas **copias** como partes recurridas y designando un **domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificación, con todos los datos necesarios para su práctica.

El escrito de preparación debe estar **firmado por abogado**, acreditando la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones, y expresar el propósito de la parte de formalizar el recurso, con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos. La falta de firma de abogado en el escrito de preparación es un requisito subsanable ( TS auto 10-6-92 ; 26-6-00, Rec 219/99 ), si bien la omisión de la subsanación en el plazo concedido da lugar a que se ponga fin al recurso. En este punto, la preparación del recurso se distingue de lo previsto para el recurso de casación general ( LRJS art.208 ) puesto que este último no requiere, necesariamente, la firma de abogado en la preparación, lo que se debe a la mayor complejidad técnica de la preparación del recurso que tratamos ( TS auto 26-1-00, Rec 3150/99 ).

El escrito debe:

**a)** Exponer cada uno de los extremos del **núcleo de la contradicción**, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos.

**b)** Hacer referencia detallada y precisa a los **datos identificativos de la sentencia** o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción.

**No podrán invocarse** en el escrito de interposición las sentencias que no hayan sido objeto de mención expresa en el escrito de preparación.

#### 8720 Admisión a trámite del escrito de preparación del recurso

Deben considerarse la resolución por la que se tiene por preparado el recurso, la presencia de defectos subsanables y la resolución por la que se tiene por no preparado el recurso.

#### 8721 Resolución por la que se tiene por preparado el recurso

(LRJS art.222.1)

Si se cumplen los requisitos establecidos para recurrir, el letrado de la Administración de Justicia tiene por preparado el recurso de casación. Contra esta resolución la parte recurrida **no** puede interponer **recurso** alguno, pero puede oponerse a la admisión del recurso de casación al personarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

#### 8722 Apreciación de defectos subsanables

(LRJS art.222.1 y 230.5)

Si el letrado de la Administración de Justicia aprecia la existencia de defectos subsanables, requiere su subsanación y concede a la parte recurrente, con carácter previo a que se resuelva sobre la preparación, un **plazo** de 5 días para la subsanación de los defectos advertidos, si el recurrente hubiera incurrido en **defectos** consistentes en:

- insuficiencia de la consignación o del aseguramiento efectuados, incluidas las especialidades en materia de Seguridad Social;
- falta de aportación, en el momento de la preparación del recurso, de los justificantes de la consignación o del aseguramiento, siempre que el requisito se hubiera cumplimentado dentro del plazo de preparación;
- defecto, omisión o error en la constitución del depósito o en la justificación documental del mismo;
- falta de acreditación o acreditación insuficiente de la representación necesaria o de cualquier requisito formal de carácter subsanable necesario para la preparación.

En el caso de que no se **efectúe la subsanación** en tiempo y forma se dicta auto poniendo fin al trámite del recurso, quedando firme la resolución. Contra dicho auto puede recurrirse en queja ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

### 8723 Resolución por la que se tiene por no preparado el recurso

(LRJS art.222.2)

La sala de suplicación declara mediante **auto** tener por no preparado el recurso quedando firme, en su caso, la resolución impugnada cuando concurra alguna de las siguientes **circunstancias**:

- que la resolución impugnada no sea recurrible en casación;
- que el recurso no se hubiera preparado dentro de plazo;
- que el escrito de preparación no contenga las menciones exigidas para la fundamentación del recurso;
- que el recurrente hubiera incumplido los requisitos necesarios para la preparación del recurso de modo insubsanable;
- que el recurrente no hubiera subsanado los defectos en la forma legalmente prevista.

Este auto es **recurrible** en queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

#### Precisiones

El que la resolución sobre la preparación del recurso interpuesto **no advierta** los defectos en la preparación del recurso no supone la convalidación de los mismos ni que se puedan subsanar en el escrito de interposición del recurso ( TS 2-2-94 ).

### 8726 Interposición del recurso

Es preciso considerar los aspectos relacionados con el plazo de interposición, prohibición de introducir cuestiones nuevas, contenido y forma del escrito.

### 8727 Plazo

(LRJS art.223)

Una vez preparado en tiempo y forma el recurso, el letrado de la Administración de Justicia, dentro de los 2 días siguientes, concede a la parte o partes recurrentes el breve plazo común de 15 días para interponer el recurso ante la misma sala de suplicación, plazo que computa a partir de la notificación de la resolución al letrado o letrados designados.

Durante el plazo de interposición del recurso los **autos** se encuentran **a disposición** en la oficina judicial de la sala para su entrega o examen, si lo estiman necesario. No obstante, en el caso de que la sala disponga de los autos en **soporte electrónico** o pueda accederse a ellos por medios telemáticos, puede sustituir el traslado material de las actuaciones por tales medios.

Respecto a las normas de determinación de los **días y horas hábiles**, hay que remitirse a lo indicado respecto a la preparación del recurso (nº 8717 ).

**De no efectuarse la interposición del recurso** o si se hubiera efectuado **fuera de plazo**, queda desierto el recurso y firme la sentencia, con la pérdida del depósito constituido, dándose a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda ( LRJS art.223.3 ), de acuerdo con la sentencia de suplicación ( LRJS art.225.5. ).

### 8729 Prohibición de introducir en el recurso cuestiones nuevas no alegadas en suplicación

Se mantiene un **criterio prohibitivo** respecto de la posibilidad de introducir en vía de recurso cuestiones nuevas no tenidas en cuenta en el recurso de suplicación. Únicamente se admiten como excepciones aquellas pretensiones y alegaciones en las que por concurrir **razones de orden público** puedan ser apreciadas de oficio por los tribunales, cuestiones tales como la caducidad de las acciones, el acceso al recurso, la acumulación indebida de acciones, etc. ( TS 4-10-07, Rec 5405/00 ).



## 8730 Forma y contenido del escrito de interposición

(LRJS art.224)

Además de los datos generales ( LRJS art.210 ), se deben integrar en el contenido del escrito de interposición, los siguientes:

**1)** Determinar la **sentencia** escogida como **contradictoria** ( TS auto 6-5-02 Rec 145/01 ; 27-5-92 ) y realizar una relación circunstanciada de la contradicción ( LRJS art.224.1.a ; TS 29-6-06 ).

**2) Fundamental la infracción** legal cometida en la sentencia impugnada ( LRJS art.224.1.b ), debiendo razonar, claramente, la pertinencia y fundamentación de la infracción ( TS 11-10-11, Rec 4622/10 ). La cita y fundamentación de la norma infringida ha de basarse en: abuso, exceso o defecto de jurisdicción; incompetencia o inadecuación del procedimiento; quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se hayan producido indefensión para la parte; y, por último, por infracciones de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueron aplicadas para resolver las cuestiones objeto del debate ( LRJS art.207 a.b.c.e ).

**3)** Justificar, en su caso, el **quebranto de la interpretación de la doctrina** en la unificación del derecho y la formación de **jurisprudencia** ( LRJS art.224.1.b ; TS 5-11-07, Rec 3100/07 ).

El escrito de interposición se presenta firmado por **letrado** con tantas **copias** como partes recurridas ( LRJS art.223.2 ).

Con el escrito de interposición, de no haberse aportado con anterioridad, pueden aportarse las **sentencias de contraste certificadas** o copia de la solicitud realizada ( LRJS art.224.4 ). Solo puede invocarse **una sentencia por cada punto de contradicción** que debe elegirse entre las designadas en el escrito de preparación.

Si el recurrente **no aporta** en el escrito de interposición la sentencia certificada o copia de su solicitud en plazo, la sala le concede el plazo de 10 días para que subsane el defecto, en el que debe acreditar dicha copia o que la solicitó durante el plazo de interposición. También, en este caso, la omisión de la aportación de la copia o la acreditación de que se solicitó la copia en momento posterior al del plazo para la interposición del recurso se considera defecto insubsanable que conlleva la inadmisión del recurso ( TS auto 25-10-91 ).

## 8732 Emplazamiento

(LRJS art.223.4 y 5)

Presentado en tiempo el escrito de interposición junto, en su caso, con las oportunas certificaciones de sentencias, el letrado de la Administración de Justicia emplaza a las demás partes para su **personación** por escrito por medio de letrado ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro del **plazo** de los 10 días siguientes, debiendo acreditar la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones. La parte recurrente se entiende personada de derecho con la remisión de los autos.

La **remisión de los autos** se realiza por el letrado de la Administración de Justicia dentro de los 5 días siguientes al emplazamiento.

Se inicia entonces un **trámite** de inadmisión que opera como filtro con la finalidad de que la sala solo trate en profundidad aquellos recursos que cumplen todos los requisitos y tengan verdadero interés casacional al incidir en la formación de la doctrina jurisprudencial ( TS auto 28-7-92, Rec 2821/91 ); no entendiéndose que este trámite sea contrario a la Constitución ( TCo 194/1997 ).

### b. Trámites ante el órgano «ad quem»

## 8733 Decisión sobre la admisión del recurso

(LRJS art.225)

Una vez recibidos los autos en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, si el letrado de la Administración de Justicia aprecia el defecto insubsanable de haberlo **preparado o interpuesto fuera de plazo** dicta decreto poniendo fin al trámite del recurso, contra el que solo procede recurso de revisión.

Si el letrado advierte **defectos subsanables** en la tramitación del recurso, o en su preparación e interposición, como por ejemplo la falta de firma, o la falta de acompañamiento de las sentencias contradictorias o del escrito justificativo de haberla solicitado, concede a la parte un plazo de 10 días para la aportación de los documentos omitidos o la subsanación de los defectos apreciados.

**De no efectuarse la subsanación** en el tiempo y forma establecida, el letrado de la Administración de Justicia da cuenta a la sala para que resuelva lo que proceda y, de dictarse auto poniendo fin al trámite del recurso, declarará

la firmeza de la resolución recurrida, con pérdida del depósito constituido y remisión de las actuaciones a la sala de procedencia. Contra dicho auto solo cabe recurso de reposición.

Si el letrado de la Administración de Justicia **no aprecia defectos**, los advertidos hubieran sido **subsana**dos o aprecia **defectos insubsana**bles, ya sean en la preparación o en la interposición, distintos de los de su preparación o interposición fuera de plazo, da cuenta al magistrado ponente para instrucción de los autos en el plazo de 3 días ( LRJS art.225.2 ).

El **magistrado ponente** da cuenta a la sala del recurso interpuesto y de las causas de inadmisión que aprecie, en su caso. Si la sala estima que concurre alguna de las causas de inadmisión, acuerda oír al recurrente sobre las mismas por un plazo de 5 días, con ulterior informe del Ministerio Fiscal por otros 5 días, de no haber interpuesto el recurso.

Son **causas de inadmisión**:

- el incumplimiento de manera manifiesta e insubsana
ble de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso;- la carencia sobrevenida del objeto del recurso;
- la falta de contenido casacional de la pretensión;
- el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

Si la sala estima que concurre alguna de las causas de inadmisión referidas dicta, en el plazo de 3 días, auto declarando la inadmisión y la firmeza de la resolución recurrida, con imposición al recurrente de las costas causadas, de haber comparecido en el recurso las partes recurridas, sin que quepa recurso contra dicha resolución. El **auto de inadmisión** comporta, en su caso, la pérdida del depósito constituido, dándose a las consignaciones y aseguramiento prestados el destino que corresponda, de acuerdo con la sentencia de suplicación.

Cuando la inadmisión **se refiera solamente a alguno de los motivos** aducidos o a alguno de los recursos interpuestos, se dispone la continuación del trámite de los restantes recursos o motivos no afectados por el auto de inadmisión parcial.

Para el despacho ordinario y **resolución de la inadmisión** de este recurso la sala debe constituirse con tres magistrados ( LRJS art.225.6 ).

### 8735 Consecuencias de la inadmisión

Toda vez que la preparación e interposición del recurso tiene **efectos suspensivos** respecto de los efectos jurídico-materiales de la sentencia recurrida, la inadmisión del mismo produce dos clases de **medidas**:

a) Tendentes a **restablecer la situación jurídico-material y jurídico-procesal** de la sentencia recurrida. La inadmisión provoca el levantamiento de la suspensión de la sentencia dictada en suplicación y la firmeza de la misma. Asimismo, se da el destino que se determine en la ejecución de la sentencia de instancia a la cantidad objeto de la condena que cautelarmente estaba consignada a la espera del resultado del recurso.

b) **Punitivas y resarcitorias** al recurrente al que se le ha inadmitido el recurso respondiendo así de los efectos negativos que ha provocado la interposición del recurso. Se pierde el depósito efectuado para recurrir, pérdida que se produce, tanto cuando se inadmita el recurso como cuando se desista del mismo. Además, se condena en costas al recurrente que no goce del beneficio de pobreza ( LRJS art.235 ) de manera que incluye los honorarios de abogado sin que puedan exceder de 1.800 euros.

Además, la sala que resuelva el recurso de casación o declare su inadmisibilidad puede imponer a la parte recurrente que haya obrado de **mala fe o temeridad** una **multa** que puede oscilar de 180 a 6.000 euros, sin que pueda superar la cuantía la tercera parte del litigio. Esta multa se impone mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias de hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros. No obstante, la sala ha de oír previamente a las partes personadas cuando pretenda imponer esta medida de oficio ( LRJS art.235.3 ).

### 8737 Tramitación del recurso admitido

El desarrollo del recurso se realiza **por escrito** y los trámites se limitan a la impugnación del recurso por las partes recurridas, el informe del Ministerio fiscal, eventualmente la posibilidad de acordar la acumulación de recursos y la deliberación, votación y fallo.

Si la parte o partes recurridas **no se hubieran personado**, el trámite del recurso debe seguir adelante sin su intervención ( LRJS art.226.1 ).

### 8739 Escrito de impugnación

De no haberse apreciado causa de inadmisión en el recurso, el letrado de la Administración de Justicia da traslado del escrito de interposición a la parte o partes personadas para que formalicen su impugnación dentro del **plazo común** de 15 días, durante el cual, a partir de la notificación de la resolución al letrado designado, los autos se encuentran a su disposición en la oficina judicial del tribunal para su examen.

En el caso de que la sala disponga de los **autos en soporte electrónico** o pueda accederse a ellos por medios telemáticos en la misma sala, se entienden puestos a disposición de la representación procesal desde el momento de la entrega de la copia o soporte o de la puesta a disposición por dichos medios de las actuaciones.

Salvo que el recurso se hubiera interpuesto directamente por el **Ministerio Fiscal** en defensa de la legalidad, el letrado de la Administración de Justicia da traslado de los autos a la Fiscalía de lo Social del Tribunal Supremo para que en el plazo de 10 días **informe** sobre la procedencia o improcedencia de la casación pretendida. El traslado se efectúa igualmente aunque el Ministerio Fiscal sea parte en el proceso.

#### 8741 Eventual acumulación de recursos

(LRJS art.234)

Es corriente que las sentencias de suplicación en las que se produce una estimación parcial del recurso o en aquellas en las que se condenan a varios sujetos que son parte en el proceso se interpongan varios recursos de casación para la unificación de doctrina. En estos casos, cada uno de ellos se tramita de forma independiente, sin perjuicio de su ulterior acumulación.

#### 8743 Deliberación, votación y fallo

(LRJS art.227)

Una vez devueltos los autos por el Ministerio Fiscal, la sala acuerda señalar, dentro del **plazo** de los 10 días siguientes, para la deliberación, votación y fallo.

Sobre la **constitución de la sala** y el número de magistrados que deben formarla, se establecen tres reglas:

1. La **regla general** señala que en los supuestos en los que la ley no disponga otra cosa basta con 3 magistrados para formar la sala ( LOPJ art.196 ). No obstante, esta regla general se puede convertir en excepcional, si así se establece en los criterios que apruebe la sala de gobierno como ha ocurrido con la sala de lo social, como a continuación veremos.

2. La formación de la sala con 5 magistrados, en principio, la ley la reserva para los **asuntos de especial trascendencia o complejidad** que requieran tal composición, si bien el acuerdo de la Sala de Gobierno de 17-2-97 que acordaba crear en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo una Sección de Admisiones establece en su tercer criterio que una vez admitido por la Sección el recurso, el ponente sigue siéndolo en los trámites sucesivos, y la sala de 5 magistrados o de todos los que la componen en su caso, dicta la sentencia que él redacte. Por tanto, en la **Sala Cuarta del Tribunal Supremo** la regla general es la formación de la sala por 5 magistrados.

3. Para la **constitución de la Sala General** se permite que sean llamados para formar sala todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el presidente, o la mayoría de aquellos, lo estime necesario para la administración de justicia ( LOPJ art.197 ).

#### 8745 Sentencia

(LRJS art.228)

La sentencia que se dicte en el recurso de casación para la unificación de doctrina **debe expresar**, tras su encabezamiento, en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho, hechos probados en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo.

Debe ir **firmada** por los magistrados que la dicten.

En particular, en la estructura de las sentencias de casación para la unificación de doctrina, se recogen en los **antecedentes de hecho** las vicisitudes de la sentencia que se recurre y los hechos más relevantes de la tramitación del recurso, mientras que en la **fundamentación jurídica** se fija: en primer lugar, el objeto del recurso; en segundo lugar, se razona la existencia o no de contradicción entre la sentencia recurrida y la tomada de contraste; en tercer lugar se analiza la eventual existencia de infracción normativa para, por último, determinar si existe o no quebrantamiento de la doctrina jurisprudencial.

La sala a la hora de enjuiciar la infracción normativa **no** se encuentra **vinculada** a las soluciones adoptadas en las sentencias comparadas sino que puede establecer una doctrina nueva ( TCo 7-6-94 ).

En todo caso, los pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al resolver estos recursos, en ningún caso, alcanzan a las **situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes** a la impugnada ( LRJS art.228.1 ). Es decir, la sentencia no puede extender sus efectos en relación a situaciones jurídicas idénticas que no hayan sido recurridas y que hubieran causado firmeza y, como es obvio, tampoco a la sentencia tomada de contraste que precisamente está caracterizada por la firmeza ( TS 21-4-98, Rec 3217/97 ).

La sentencia que se dicte forma la **doctrina legal**, sin que requiera la existencia de una reiteración ( CC art.1.6 ) para que se considere la cuestión resuelta y fijada la doctrina adecuada.

Además, puede pronunciarse **estimando o desestimando el recurso**, y en ambos casos con la posibilidad de que la sentencia no llegue a resolver la cuestión de fondo.

#### 8747 Desestimación del recurso

En el caso de desestimación del recurso la sentencia puede:

**a) Apreciar la concurrencia de causas de inadmisión:** puede ocurrir que no se aprecie por la sala la existencia de una **causa de inadmisión preexistente** como, por ejemplo, que no se hubieran subsanado en su momento los defectos advertidos, que los defectos fueran insubsanables o bien que faltara contenido casacional al recurso y que, superado este trámite, fueran advertidos por el recurrido en trámite de impugnación o incluso que se aprecien por la sala de oficio a la hora de dictar sentencia.

Asimismo, puede ocurrir que el defecto del recurso **sobrevenga** a dichos trámites, como es el caso, nada infrecuente, de que entre la admisión del recurso y la fecha de dictar sentencia la sala se haya pronunciado en asuntos idénticos y en sentido contrario al del recurso de manera que el proceso carezca de contenido casacional.

Pues bien, en estos casos procede desestimar el recurso al apreciarse la causa de inadmisión sin que se realice pronunciamiento sobre el fondo pero con pronunciamiento sobre las cuestiones accesorias de manera que se perderá el **depósito** realizado ( LRJS art.229 ), se darán a las **consignaciones y aseguramientos** el destino que se fije en la ejecución de la sentencia, se condenará en costas al recurrente ( LRJS art.235 ) y, en su caso, se impondrá **sanción pecuniaria** si se aprecia mala fe o se hubiera formulado el recurso de forma temeraria.

Evidentemente, el efecto más importante de la sentencia es el de declarar la **firmeza de la sentencia** recurrida con la consiguiente consolidación de la relación jurídico material declarada en la sentencia de suplicación y la creación de cosa juzgada con efectos tanto negativos como positivos.

**b) Desestimar el recurso por razones de fondo:** la sentencia es desestimatoria cuando se considere que la sentencia recurrida sí contenía la doctrina ajustada, lo que acarreará la pérdida del **depósito** para recurrir. El fallo dispone la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las **consignaciones o aseguramientos** prestados, de acuerdo con sus pronunciamiento ( LRJS el art.228.3 ).

De este modo, ratifica la sentencia de suplicación objeto del recurso adquiriendo firmeza y señalando, de un lado, que no infringe el ordenamiento jurídico y, de otro, que no quebranta su doctrina. Por tanto, los efectos jurídico-materiales resultantes de la sentencia de suplicación se mantienen intactos, produciéndose a partir de este momento los efectos positivos y negativos de la **cosa juzgada**.

Con respecto a los **pronunciamientos accesorios**, se pierde el depósito efectuado ( LRJS art.230 ) y a las consignaciones y aseguramientos se les da el destino que se determine en la ejecución de la sentencia. Más difícil parece en este caso apreciar intencionalidades dilatorias o contrarias a la mala fe a los efectos de la imposición de **sanciones pecuniarias** toda vez que la existencia de sentencias de contraste hábiles y la falta de una doctrina legal consolidada otorgan al recurrente un título legítimo para preparar e interponer recurso.

#### 8750 Estimación del recurso

En caso de que se estime el recurso, el pronunciamiento puede:

**a) Declarar la nulidad de las actuaciones.** La estimación del recurso fundado en la infracción de normas procesales trae como consecuencia la nulidad de las actuaciones reponiendo los actos al momento en que se produjo la infracción normativa que produjo la indefensión. Ahora bien, la nulidad de las actuaciones puede ser **total** si la infracción procesal afectaba a la totalidad de las pretensiones ventiladas en instancia y suplicación, o **parcial** si la nulidad afectaba solo a alguna de las pretensiones o actos procesales, pues la nulidad de un acto no implica la de los sucesivos que fueran independientes de aquel ni de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad ( LOPJ art.243.1 ), y la nulidad parcial de un acto no implica la de las partes independientes de la declarada nula ( LOPJ art.243.2 ; TCo 87/2006 que otorga el amparo frente a la Sentencia TS 19-11-01, Rec 4904/00 ).

En cuanto a los **pronunciamientos accesorios**, la declaración de la nulidad de las actuaciones supone la devolución del depósito, mientras que a las consignaciones y aseguramientos se les da el destino pertinente según la declaración de nulidad sea total o parcial y, por ende, queda al resultado de lo que se disponga en la ejecución de la sentencia.

**b) Apremiar la infracción de normas sustantivas.** La sentencia estimatoria del recurso por motivos de fondo conlleva dos tipos de pronunciamiento, uno relativo a la pretensión y otro relacionado con las declaraciones accesorias.

Con respecto a la **cuestión de fondo**, si la sentencia del Tribunal Supremo declara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casa y anula la sentencia y resuelve el debate planteado en suplicación con pronunciamiento sobre el quebrantamiento que la sentencia recurrida había cometido en la doctrina legal, y alcanzando el pronunciamiento a las situaciones jurídico-materiales concretas reconocidas por la sentencia impugnada ( LRJS art.228.2 ). Con ello, se cumple con la doble finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, la depurativa y la nomofiláctica.

En cuanto a los **pronunciamientos accesorios**, en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resuelve lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación, y si se hubiera constituido depósito para recurrir, se acuerda la devolución de su importe ( LRJS art.228.2 ).

En relación con las **consignaciones y aseguramientos**, debe estarse a lo dispuesto en la sentencia según el alcance de la estimación del recurso, de modo que se devuelven total o parcialmente al recurrente. En cuanto a las **costas**, no hay pronunciamiento pues su imposición está prevista para los recurrentes vencidos. Por último, si en suplicación se le impuso a la parte recurrente una **multa** a consecuencia de haber evidenciado una intención dilatoria la sentencia con carácter general acuerda la revocación de la misma.

### 8753 Recursos

Contra las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina no cabe la interposición de recurso alguno, salvo los **excepcionales** que tengan por finalidad la nulidad de actuaciones, es decir el incidente de nulidad de actuaciones judiciales y el recurso de revisión, así como el recurso de amparo.

### 8755 Presupuesto del recurso de amparo

El recurso de casación de doctrina constituye presupuesto para formular el recurso de amparo ( LO 2/1979 art.44.1.a ; TCo 8/2007 ).

## C. Impugnación de la cosa juzgada

### 1. Nulidad de actuaciones

(LRJS art.185.7; LOPJ art.241)

**8760** Todas las actuaciones llevadas a cabo en el seno del proceso han de ajustarse al **principio de legalidad procesal**, pues solo así se da verdadero cumplimiento al derecho a un proceso con todas las garantías. Aquellas actuaciones procesales no ajustadas a este criterio de corrección formal lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico ha de diseñar los cauces apropiados para corregir tales irregularidades. En este sentido, la nulidad de actuaciones constituye un remedio contemplado en la normativa procesal general frente a actuaciones procesales que han de ser consideradas **nulas de pleno derecho**.

La norma procesal social al contemplar la nulidad de actuaciones se remite a la LOPJ, de forma que la pretensión de nulidad de la sentencia o resolución firme por defectos de forma que hayan causado **indefensión** debe plantearse por la vía del incidente de nulidad de actuaciones regulado en dicha norma, reservando la audiencia al demandado rebelde para los casos en los que la comunicación o emplazamiento se hayan realizado en forma legal.

Es posible solicitar la nulidad de actuaciones de cualquier resolución judicial, tanto si se ha dictado dentro de un **procedimiento aún en curso**, como una vez **terminado el proceso** para tratar de subsanar la nulidad de aquellas actuaciones que no hubiera sido posible remediar, incluyendo la propia sentencia, si bien el régimen de la nulidad de actuaciones difiere en ambos supuestos.

### 8762 Nulidad de actuaciones dentro del procedimiento (LOPJ art.238 , 240.2)

El juzgado o tribunal puede, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiera recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que **no** proceda la **subsanación**, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

Los actos procesales son **nulos de pleno derecho** cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- producirse por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional;
- realizarse bajo violencia o intimidación;

- prescindirse de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión;
- realizarse sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva;
- celebrarse vistas sin la preceptiva intervención del letrado de la Administración de Justicia;
- en los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.

Desde el punto de vista del procedimiento, para la nulidad de actuaciones solo es necesario que, previamente, se dé **audiencia a las partes**.

Ahora bien, estas facultades de subsanación de oficio se encuentra severamente restringidas **en vía de recurso**, habida cuenta que en ningún caso puede el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio la nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada, salvo que aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal ( LOPJ art.240.2 ; LEC art.227.2 ).

#### 8764 Nulidad de actuaciones frente a resoluciones que pongan fin al procedimiento (LOPJ art.241)

Cuando lo que se pretende es la nulidad de actuaciones frente a sentencias u otras resoluciones que hayan puesto fin de manera definitiva al procedimiento hemos de enfrentarnos a la institución de la **cosa juzgada**, lo que llevaría a la prohibición de la tramitación del incidente.

Cabe, no obstante, la nulidad de actuaciones de forma muy restrictiva, de forma que solo procede que se declare cuando esté fundada en cualquier **vulneración de un derecho fundamental**, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución **no** sea susceptible de **recurso ordinario ni extraordinario**.

#### Precisiones

Si frente a la resolución que se dicte cabe **recurso ordinario** no es posible interponer la nulidad de actuaciones con el efecto de que la sentencia gana firmeza transcurrido el plazo ordinario para recurrirla, sin necesidad de aguardar a que transcurra el previsto para el incidente de nulidad de actuaciones ( TS auto 8-2-99 ).

#### 8765 Tramitación

El **plazo de interposición** se limita a 20 días desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos 5 años desde la notificación de la resolución.

La nulidad de actuaciones ha de presentarse **por escrito**, acompañando la documentación que sea necesaria, ante el mismo **juzgado o tribunal que dictó la resolución** que hubiera adquirido firmeza ( LOPJ art.241 ), y sin que quepa llevarla a otro órgano con el pretexto de formular un recurso de otra naturaleza ( TS auto 12-4-99 ).

El juzgado o tribunal puede **admitir o inadmitir a trámite** el incidente que no puede fundarse en otras cuestiones distintas de la vulneración de los derechos fundamentales mencionados.

La **inadmisión** debe realizarse mediante providencia sucintamente motivada, contra la que no cabe recurso alguno.

**Admitido a trámite** el escrito en que se pide la nulidad, por el letrado de la Administración de Justicia se da **traslado** de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes que en el plazo común de 5 días pueden formular por escrito sus **alegaciones**, a las que deben acompañar los documentos que se estimen pertinentes.

La admisión a trámite de la nulidad de actuaciones **no suspende** la ejecución ni la eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad.

La resolución del incidente puede contener los siguientes **pronunciamientos**:

- estimar la nulidad, en cuyo caso se reponen las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se sigue el procedimiento legalmente establecido;
- desestimar la nulidad, en cuyo caso se condena, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le puede imponer, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente **no** cabe **recurso** alguno, salvo el de amparo ante el Tribunal Constitucional, si bien requiere para su interposición el agotamiento previo del incidente de nulidad de actuaciones cuando se aduzca lesión del principio de tutela judicial efectiva ( Const art.24.1 ) ( TCo 27-2-03 ).

## 2. Declaración de error judicial

(Const art.121)

---

8770 Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia dan derecho a una **indemnización** a cargo del Estado.

Se consagra así en nuestra legislación la responsabilidad del Estado por el **defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia** de la misma forma o siguiendo los parámetros de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de las Administraciones públicas. Esta responsabilidad es de **carácter objetivo** al igual que ocurre con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

8772 **Procedimiento para la declaración del error judicial**  
(LOPJ art.293)

Para la reclamación de la indemnización por causa de error se exige como requisito indispensable la existencia de una **resolución judicial previa** que expresamente reconozca el error judicial. Esta previa decisión puede resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión o bien del procedimiento de error judicial.

Por tanto, el error puede declararse bien en la sentencia que resuelva el **procedimiento de revisión** o bien en la que resuelva el **procedimiento específico de error judicial**

8774 **Órgano jurisdiccional competente**  
(LOPJ art.293.1.b)

Corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo conocer de las demandas de error judicial cuando al órgano al que se impute el error pertenezca al orden jurisdiccional social ( LRJS art.9.d ), salvo cuando este se atribuyese a la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo o a alguna de sus secciones.

8776 **Partes**  
(LOPJ art.293.1.c)

La **legitimación activa** corresponde al perjudicado por la resolución judicial, haya sido o no parte en el proceso en que se dictó la resolución que incurrió en error. La **pasiva** corresponde al abogado del Estado como defensor de la Administración del Estado obligada, en su caso, a indemnizar.

También es parte en el proceso el **Ministerio Fiscal** como defensor de la legalidad, aunque no sea él quien lo promueva, que puede informar a favor o en contra del demandante.

**Carecen de legitimación pasiva** el órgano judicial que incurrió en el error y las partes que intervinieron en el proceso en que el error se produjo, a quienes no es necesario demandar, ni emplazar, salvo que sean perjudicados, sin perjuicio de que puedan intervenir para sostener la corrección de la sentencia impugnada ( TS 29-11-06, EDJ 418270 ).

8778 **Objeto del proceso**

Este procedimiento tiene por objeto servir de **presupuesto** para que, quien se ha visto perjudicado por una decisión judicial firme y errónea, que carece de la posibilidad de rectificación por la vía normal de los recursos, pueda percibir del Estado la correspondiente indemnización por los daños derivados de aquella actuación.

8780 **Requisitos de la acción**  
(LOPJ art.293.1.a y f)

No procede la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieran **agotado previamente los recursos** previstos en el ordenamiento jurídico. En materia social, es necesario agotar el recurso de casación para la unificación de doctrina ( TS 3-6-99, Rec 364/98 ; 22-12-98 ; 14-5-98 ; 26-12-97 ; 27-6-97 ; 21-3-96 ; 10-4-95 ; 13-3-06, Rec 3/05 ).

Por lo que respecta al **plazo**, la acción judicial para el reconocimiento del error debe instarse, inexcusablemente, en el plazo de 3 meses a partir del día en que pudo ejercitarse, por lo que tratándose de resoluciones judiciales firmes el plazo comienza a contar desde la firmeza de la resolución judicial que cometió el error. ( LOPJ art.293.1.a ). Es un plazo de **caducidad** que no se interrumpe por la presentación del recurso de amparo ( TS 13-3-06, Rec 3/05 ).

8782 **Especialidades del procedimiento**

(LOPJ art.293.1.c)

El procedimiento para sustanciar la pretensión debe ser el propio del recurso de revisión en **materia civil**.

Son aplicables las **especialidades** sobre depósitos, vistas y costas establecidas para la revisión en materia social.

Además:

- la apreciación del error no puede fundarse en **pruebas distintas** de las practicadas en las actuaciones procesales origen del mismo presunto error;

- se establece como trámite del procedimiento el **informe del órgano judicial** al que se atribuye el error ( LOPJ art.293.1.d ).

La mera solicitud de la declaración del error no impide la **ejecución de la resolución judicial** a la que aquel se impute ( LOPJ art.293.1.g ).

#### 8784 Sentencia

(LOPJ art.293.1.d)

El tribunal dicta sentencia definitiva en el **plazo** de 15 días contra la que no cabe recurso alguno.

Si en la sentencia **no se aprecia el error** reclamado, se imponen las costas al peticionario. Si por el contrario la sentencia **declara el error** cometido, queda expedita la vía de la reclamación patrimonial para reclamar el daño producido.

La **petición indemnizatoria**, que prescribe al año desde que pudo ejercitarse, se dirige directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado y contra su desestimación en vía administrativa puede interponerse recurso contencioso administrativo.

### 3. Revisión de sentencias

(LRJS art.86.3 y 236 ; LOPJ art.240; LEC art.509 a 516 )

8790 Constituye un recurso **excepcional y extraordinario** para la impugnación de **sentencias firmes** dictadas por el orden jurisdiccional social y para la impugnación de **laudos arbitrales firmes**, en casos excepcionales y condiciones muy rigurosas.

Se impugnan por esta vía sentencias, aunque no se haya utilizado previamente el recurso de casación o suplicación contra la misma, que se hayan obtenido mediante mecanismos contrarios a la buena fe procesal o por la incidencia en el proceso de hechos ajenos al mismo que no pudieron alegarse en su momento ( TS 23-4-12, Rec 38/10 ; 6-10-08, EDJ 222468 ).

Constituye además un recurso de carácter **subsidiario** respecto de los demás recursos extraordinarios ( TS 4-4-05, EDJ 55267 ).

La norma procesal social, se remite a la **norma procesal civil** en lo relativo a la revisión de sentencias y en concreto a sus motivos ( LEC art.510 ), con las siguientes **excepciones en el orden social**:

- la competencia corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo;

- el depósito para recurrir es el previsto para los recursos de casación: 600 euros.

En cuanto a los **supuestos que dan lugar a la revisión de sentencia firme** nos remitimos a lo analizado al respecto en la LEC art.510 .

#### 8792 Tramitación

Deben considerarse las cuestiones referidas a competencia y postulación y plazo de interposición.

#### 8793 Competencia y postulación

La **competencia** corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ( LRJS art.236.1 ).

Puede solicitar la revisión quien hubiera sido **parte perjudicada** por la sentencia firme impugnada ( LEC art.511 ) ( TS 1-12-05, EDJ 230456 ). Son parte en el proceso las mismas del litigio en el que recayó la sentencia objeto de revisión ( TS 20-10-09 ).

Es necesaria la intervención del **abogado** que ostenta también la representación ( LRJS art.2321.3 ).

#### 8794 Plazo de interposición



(LEC art.512)

El recurso cuenta con un **doblo plazo** de caducidad. El recurrente ha de fijar con claridad el **dies a quo** -o momento de comienzo de su cómputo- y acreditar su certeza o carga de la prueba de haberla presentado en plazo.

- **caducidad corta**, o límite subjetivo, de **3 meses** desde el día en el que se hubieran descubierto los documentos decisivos, la violencia, el fraude, el cohecho o del día en que se hubiera reconocido o declarado la falsedad;

- **caducidad larga**, o límite objetivo, de 5 años desde la fecha de publicación de la sentencia firme que se pretende impugnar.

#### 8796 Demanda (LEC art.514)

La demanda se interpone ante la Sala de Social del Tribunal Supremo. Se tiene por interpuesta mediante **providencia** y se nombra **ponente**.

A propuesta de este, la sala debe examinar su admisibilidad mediante auto.

**Admitida** la demanda, el letrado de la Administración de Justicia solicita que se le remitan las actuaciones del pleito y una vez recibidas emplaza a los litigantes o causahabientes para que en el plazo de 20 días contesten a la demanda.

**Contestada la demanda**, o transcurrido este plazo sin haberlo hecho, se tramita conforme al juicio verbal ( LEC art.440.1 ).

#### 8798 Sentencia (LEC art.447 , 515 y 566 )

La sentencia ha de dictarse en el plazo de los **10 días** siguientes a la vista y no cabe contra ella recurso alguno.

En el caso de ser **estimatoria**, debe rescindir la sentencia impugnada y ordenar la remisión de las actuaciones con certificación del fallo al tribunal de procedencia. Si fuese **desestimatoria**, el demandante es condenado en costas ( LRJS art.235 ) y pierde el depósito realizado.

La tramitación de la revisión **no suspende** la ejecución de las sentencias firmes que la motivaron salvo que pueda acordarse.

#### 4. Audiencia al demandado rebelde

(LRJS art.185; LEC art.496 , 497 y 498 a 508)

8805 El denominado recurso de audiencia al rebelde constituye un medio de impugnación **extraordinario**, semejante al recurso extraordinario de revisión ( TS 19-2-01 ), que persigue la rescisión de una sentencia firme a fin de poner remedio a las consecuencias de la incomparecencia del demandado en un pleito, sin que se requiera la declaración de rebeldía ( LRJS art.185 ).

Se garantiza el derecho fundamental a la **tutela judicial** ( Const art.42 ) que incluye la utilización de los medios de prueba pertinentes en el transcurso de cualquier proceso, derecho del que, involuntariamente, la parte demandada puede verse privada por no haber tenido conocimiento del pleito a través de los actos de comunicación emitidos por los órganos judiciales o por causas de fuerza mayor ininterrumpida.

Con **objeto** de evitar la indefensión provocada por las sentencias firmes contra las que no cabe interponer recurso, los afectados que se han visto imposibilitados para defenderse durante el juicio por causas que no le son imputables tienen como medio de defensa la posibilidad de interponer la solicitud de audiencia al demandado rebelde.

#### 8807 Objeto del proceso (LEC art.501)

Los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía pueden pretender **rescisión de la sentencia firme** en los casos siguientes:

**1. De fuerza mayor ininterrumpida**, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.

**2. De desconocimiento de la demanda y del pleito**, cuando la citación o emplazamiento se hubieran practicado por cédula, pero esta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable ( TS 31-1-00, Rec 1643/99 ); por ejemplo por domicilio erróneo ( TSJ Aragón 18-9-00 ) o por procedimiento inadecuado ( AP Madrid

3-7-98, Rec 717/97 ). Los supuestos de indefensión por irregularidades del emplazamiento han de tramitarse por la vía incidental prevista en LO 5/1997 ( TS 5-4-17, EDJ 49768 ).

**3.** De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado **ausente** del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la comunidad autónoma en cuyos boletines oficiales se hubiesen publicado aquellos.

Es necesario recordar que en el proceso social **no** es necesaria la **declaración de rebeldía** del demandado que, citado en forma, no comparece al juicio ( LRJS art.185.1 ).

La **resolución frente a la que puede solicitarse el recurso** ha de ser una sentencia firme, bien por irrecurrible, bien por haber transcurrido el plazo para interponer el recurso que, en su caso, procediera, permitiéndose al demandado rebelde, cuando se encuentre en plazo, ejercitarlos ( LEC art.500 ).

El **plazo** para solicitar audiencia al demandado es de 20 días desde la notificación personal de la sentencia o desde que conste el conocimiento procesal o extraprocesal de la misma y, en todo caso, de 4 meses desde la notificación de la sentencia ( LRJS art.185.3 ; LEC art.501 ).

## 8809 Procedimiento

El proceso consta de dos **fases**: fase **rescindente** y fase rescisoria ( TS 2-2-00 ): en la primera fase, la petición de audiencia se formula ante el órgano judicial que dictó la sentencia firme que se recurre; en la segunda fase **rescisoria**, la audiencia al demandado se sustancia ante el órgano que conoció del litigio en instancia ( LRJS art.185 ).

Si la **sentencia** es estimatoria, la sentencia del juzgado es rescindida y el juicio repetido con presencia del demandado.

## SECCIÓN 5

# Ejecución

8850	1. Títulos ejecutivos	8854
	2. Procedimiento	8856
	3. Ejecución de sentencias frente a Entes Públicos	8880

En la Ley procesal social podemos diferenciar tres **tipos de ejecución**:

- dineraria ( LRJS art.248 al 277 );
- de sentencias firmes de despido ( LRJS art.278 al 286 );
- de sentencias frente a entes públicos ( LRJS art.287 y 288 ).

El **supuesto típico** y habitual de ejecución en el proceso laboral es la ejecución dineraria, por ser la procedente cuando del título ejecutivo resulte el deber de entregar una cantidad líquida de dinero; por ello, la ejecución dineraria puede calificarse como la ejecución ordinaria laboral.

## 1. Títulos ejecutivos

(LEC art.517)

**8854** El título ejecutivo es el **acto documentado** en el que se reconoce un derecho al acreedor y se impone una obligación correlativa al deudor.

Para determinar los títulos ejecutivos en el proceso laboral hay que partir de lo dispuesto en la ley procesal civil. Solo tienen aparejada ejecución los siguientes títulos:

- la **sentencia de condena firme**;
- los **laudos o resoluciones arbitrales** y los **acuerdos de mediación**, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles;
- las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen **transacciones judiciales** y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones;
- las **demás resoluciones procesales y documentos** que, por disposición legal, lleven aparejada ejecución. Cabe destacar los actos de conciliación o alcanzados a través de mediación bien ante el servicio administrativo correspondiente o bien ante el órgano que asuma estas funciones constituido a través de los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos referidos en el ET.

Los títulos ejecutivos **más habituales** en la jurisdicción social son las sentencias firmes de condena ( LRJS art.237.1 ) y las resoluciones procesales -tanto del juez como del letrado de la Administración de Justicia- que aprueben transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso ( LRJS art.84.5 ); así como los laudos arbitrales ( LRJS art.68.2 ).

Debe añadirse que se concede acción ejecutiva a la resolución del letrado de la Administración de Justicia que apruebe una **transacción judicial** o un acuerdo alcanzado en el proceso ( LEC art.518 y 517.2.3 ) así como a la **conciliación administrativa** o **mediación previas** ( LRJS art.68 ).

Además, junto a los anteriores, se tienen por títulos ejecutivos:

- la **sentencia oral**, respecto de la que las partes manifiesten su intención de no recurrir ( LRJS art.50.1 );
- el auto judicial que reconozca el **allanamiento parcial** ( LRJS art.85.7 );
- el **auto que despacha la ejecución** tras el decreto del letrado de la Administración de Justicia dando por terminado el proceso monitorio si no ha mediado oposición ( LRJS art.101 c );
- en el **proceso monitorio**, el auto judicial que, en caso de oposición, determina y acoja las cantidades reconocidas y no impugnadas ( LRJS art.101.g );
- el **convenio transaccional**, homologado mediante auto, durante la tramitación de cualquier recurso ( LRJS art.235.4 );
- en el **proceso de ejecución**, el auto que homologue el acuerdo transaccional de las partes en sustitución del título ejecutivo inicial ( LRJS art.246.4 );
- la resolución firme en que se acuerda la **ejecución provisional** acompañada por la certificación de las cantidades abonadas ( LRJS art.293.1 );
- y en general, las resoluciones que aprueben u homologuen **transacciones judiciales**, acuerdos de mediación y acuerdos logrados en el proceso ( LRJS art.237.2 ) y los demás títulos judiciales a los que la LRJS otorgue eficacia directamente para iniciar un proceso de ejecución ( LRJS art.237.1 ).

## 2. Procedimiento

---

**8856** La ejecución **se inicia** a instancia de parte, mediante el correspondiente escrito de solicitud de ejecución ante el órgano jurisdiccional que conoció el asunto en primera instancia.

La solicitud de ejecución se realiza mediante presentación de la **demanda ejecutiva** en la que deben expresarse los siguientes **extremos** ( LEC art.549.1 ; LRJS art.239 ):

- el título en que se funda el ejecutante;
- la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, precisando, en su caso, la cantidad que se reclame;
- tratándose de ejecuciones dinerarias, la cantidad líquida reclamada como principal, así como la que se estime para intereses de demora y costas;
- los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución;
- las medidas de localización e investigación que interese;
- la persona o personas, con expresión de sus circunstancias identificativas, frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución.

Cuando el título ejecutivo sea una **resolución del letrado de la Administración de Justicia** o una sentencia o **resolución** dictada por el **tribunal competente para conocer de la ejecución**, la demanda ejecutiva puede limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda ( LEC art.549.2 ). Esta solicitud puede efectuarse por escrito o incluso mediante comparecencia.

### Precisiones

La única excepción al inicio de la ejecución a instancia de parte en el proceso laboral son los **procedimientos de oficio** ( LRJS art.150.2 e y 239.1 ).

## 8858 Plazos

No es de aplicación el **plazo de espera** de 20 días previsto en el proceso civil ( LEC art.548 ), pudiendo solicitarse la ejecución tan pronto la sentencia o resolución judicial ejecutable haya ganado firmeza o desde que el título haya quedado constituido o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título ejecutivo sea exigible, fijándose, al efecto, los siguientes **plazos**:

- un año para reclamar el cumplimiento de las **obligaciones de entregar sumas de dinero**.
- el que fije la norma sustantiva para el ejercicio de la acción de reconocimiento del derecho, cuando se trate del pago de **prestaciones de Seguridad Social** -salvo que sean derechos imprescriptibles- o de exigir el cumplimiento de obligaciones de hacer, no hacer o entregar cosas distintas de sumas de dinero.

### Precisiones

En la ejecución laboral no es de aplicación el precepto de la LEC que establece un plazo de caducidad y no prescripción para ejercer la acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del letrado de la Administración de Justicia que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de **mediación** ( LEC art.518 ).

## 8859 Tramitación

( LEC art.551; LRJS art.239 )

Una vez iniciada, la ejecución se tramita **de oficio**, dictándose al efecto las resoluciones necesarias.

El órgano jurisdiccional dicta auto conteniendo la **orden general de ejecución** siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. El auto debe expresar los siguientes **datos**:

- la persona o personas a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona o personas contra quien se despacha esta;
- si la ejecución se despacha en forma mancomunada o solidaria;
- la cantidad, en su caso, por la que se despacha la ejecución, por todos los conceptos;
- las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución y, asimismo, respecto de los responsables personales de la deuda o a los que ha de extenderse la ejecución.

## 8860 Oposición al despacho de ejecución

Contra el auto que resuelva la solicitud de ejecución puede interponerse **recurso de reposición** en el que, además de alegar las posibles infracciones en que hubiera de incurrir la resolución y el cumplimiento o incumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales exigidos, puede deducirse la **oposición** a la ejecución despachada aduciendo:

- pago o cumplimiento documentalmente justificado;
- prescripción de la acción ejecutiva;
- otros hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad que se pretenda ejecutar siempre que hubieran acaecido con posterioridad a la constitución del título.

**No** es admisible como causa de oposición a la ejecución la **compensación de deudas** ( TS 17-7-03 ).

Del escrito de recurso se da traslado para **impugnación a la parte contraria**, salvo que el órgano jurisdiccional, en atención a las cuestiones planteadas o por afectar a hechos necesitados de prueba, acuerde seguir el trámite incidental ( LRJS art.238 ).

Solamente puede decretarse la **inejecución de la resolución** si, decidiéndose expresamente en resolución motivada, se fundamenta en una causa prevista en una norma legal y no interpretada restrictivamente ( LRJS art.239.5 ; TCo 155/1985 ; 151/1993 ; 17/1997 ).

Contra el auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra el auto en que se deniegue el despacho de la ejecución procede **recurso de suplicación o de casación ordinario**, en su caso ( LRJS art.239.5, 191.4 d), 206.4 a y 242.3 ).

## 8861 Actos de ejecución posteriores al despacho

Dictado el auto por el juez o magistrado, el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución dicta **decreto** para proceder al embargo de bienes, de modo que una vez realizados tales bienes se procede al pago de

los acreedores y, en su caso, a la declaración de la insolvencia empresarial a efectos de que el trabajador pueda solicitar del FOGASA las prestaciones que le correspondan.

El decreto debe contener los siguientes **datos**:

- medidas ejecutivas concretas incluido el embargo de bienes;
- diligencias de localización y averiguación de los bienes del ejecutado;
- contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor.

Contra ese decreto cabe interponer **recurso directo de revisión**, sin efecto suspensivo, ante el tribunal que ha dictado la orden general de ejecución.

Las **operaciones básicas** de la ejecución son, por tanto:

- el embargo de bienes y derechos ( LRJS art.254 al 260 );
- la realización de bienes embargados ( LRJS art.261 al 267 );
- el pago total o parcial a los acreedores ( LRJS art.268 al 275 );
- la insolvencia empresarial ( LRJS art.276 al 277 ).

Todas las **cuestiones incidentales** que se puedan plantear en fase de ejecución se resuelven mediante **comparecencia** de las partes, las cuales pueden alegar y probar lo que a su derecho convenga. El incidente concluye mediante auto del juez o por decreto del letrado de la Administración de Justicia ( LRJS art.238 ). Esta posibilidad de tramitar una cuestión incidental tiene una especial importancia en la ejecución laboral, pues ya no es necesario iniciar un nuevo proceso declarativo para integrar el título ejecutivo en lo que sea menester; basta con tramitar la cuestión incidental para resolver todos los problemas accesorios y conexos que puedan deducirse del inicial título ejecutivo. En este sentido, el requisito esencial para tramitar una cuestión incidental es, precisamente, su conexión con el título ejecutivo.

### 8862 Acumulación de ejecuciones

(LRJS art.36.1)

La acumulación de ejecuciones puede ser acordada por el letrado de la Administración de Justicia cuando estemos en presencia de distintos títulos ejecutivos contra un mismo deudor, acumulación que puede disponerse de oficio o a instancia de parte en cualquier momento.

Es **preceptiva** u obligatoria cuando las acciones ejercitadas tiendan a obtener la entrega de una cantidad de dinero y existan indicios de que los bienes del deudor pudieran ser insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito. En el supuesto de que las ejecuciones se sigan en **diferentes juzgados**, la acumulación se realiza a instancia de parte ( LRJS art.37.1 )

### 8864 Suspensión de la ejecución

(LRJS art.244)

La regla general es la de la continuidad de la ejecución hasta su finalización, si bien se establece que puede ser suspendida en los siguientes **supuestos**:

**1.** Cuando así lo establezca la ley. Por ejemplo, por existir una cuestión prejudicial penal ( LRJS art.4.4 ) o por la existencia de perjuicios desproporcionados o de difícil reparación.

**2.** A petición del ejecutante o de ambas partes por un máximo de 3 meses, salvo que la ejecución derive de un procedimiento de oficio. Una vez que haya transcurrido un mes de la suspensión de la ejecución sin que el ejecutante haya instado su continuación, o llegado, en su caso, el plazo de 3 meses el letrado de la Administración de Justicia le requiere a fin de que manifieste, en el término de 5 días, si la ejecución ha de seguir adelante, bajo apercibimiento de archivo definitivo de la ejecución; de este modo, se logra que la suspensión no sea *sine die* y que, salvo causas justificadas, no se prolongue más de un mes, o en su caso, de 3 meses a petición de ambas partes.

Si el cumplimiento inmediato de la obligación que se ejecuta pudiera ocasionar a trabajadores dependientes del ejecutado **perjuicios desproporcionados** en relación a los que al ejecutante se derivarían del no cumplimiento exacto, por poner en peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora, el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto recurrible directamente en revisión puede, previa audiencia de los interesados y en las condiciones que establezca, conceder un aplazamiento por el tiempo imprescindible.

### 3. Ejecución de sentencias frente a entes públicos

8880 La ejecución de sentencias frente a las Administraciones públicas supone una pieza de extraordinaria importancia para el sometimiento de estas a la Constitución y a las leyes. Debe defenderse, por un lado, la especial naturaleza de la Administración y la imposibilidad de tratarla como cualquier administrado y, por otro, debe recordarse que el disfrute de sus privilegios no exime a la Administración de cumplir lo determinado en los fallos judiciales ( TCo 13-4-83 ; 10-2-97 ).

8881 En relación con la ejecución de sentencias laborales frente a las Administraciones públicas, merecen ser destacados los siguientes **aspectos procedimentales**:

1. La **ejecución dineraria** frente a las Administraciones públicas ha de tramitarse por el procedimiento previsto en la modalidad de «ejecución de sentencias frente a Entes públicos» ( LRJS art.287 y 288 ) y no por la relativa a la «ejecución dineraria» ( LRJS art.247 a 276 ) que se dedica a los particulares, debido a las restricciones que sobre este tipo de ejecución imponen los principios de legalidad presupuestaria y de continuidad de los servicios públicos ( TSJ Madrid 21-10-91 ). Constituye, por tanto, el único supuesto legalmente excluido de la posibilidad de imponer apremios pecuniarios y atiende a la calidad de las personas y no a la obligación cuya ejecución se pretende.

2. La ejecución de **sentencias de despido**, sin embargo, converge en la modalidad correspondiente, tanto definitiva ( LRJS art.278 a 286 ), como provisional ( LRJS art.297 a 302 ) dado que las Administraciones públicas, cuándo actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales no están exentas de atenerse y respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo. Lo contrario chocaría frontalmente con el principio de legalidad ( Const art.9.1 ), sin que tampoco exista prohibición alguna sino posibilidad real de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral a tiempo indefinido ( TS 18-3-91 ).

3. Una **resolución administrativa** no es ejecutable por los órganos jurisdiccionales a través del procedimiento de ejecución de sentencias laborales. De la misma forma que los órganos administrativos no pueden ejecutar las resoluciones judiciales, no cabe la utilización del procedimiento de ejecución de sentencia para desarrollar la de un acto administrativo, puesto que no se considera ni sentencia, ni título asimilado a la misma. En estos casos, previamente, se ha de plantear el proceso ordinario declarativo y de condena para conseguir, mediante el mismo, una sentencia ejecutable ( TSJ Andalucía auto 20-6-90 ).

8883 **Incidente de ejecución**

(LRJS art.287)

Las sentencias dictadas frente a entes públicos deben llevarse a efecto dentro del **plazo** de 2 meses a partir de su firmeza.

No obstante, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, esta puede fijar un plazo inferior para el cumplimiento cuando el de 2 meses pueda hacer ineficaz el pronunciamiento o causar **grave perjuicio**. Esta posibilidad de establecer un plazo inferior se aplica en situaciones en las que el tribunal considere la procedencia de una ejecución urgente en atención a la importancia o especial naturaleza de los intereses o derechos en juego. ( LRJS art.187.1 ).

Trascurrido este plazo, la parte interesada puede **solicitar la ejecución**.

Mientras no conste la total ejecución de sentencia, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, debe adoptar cuantas **medidas** sean adecuadas para promoverla y activarla, pudiendo aplicarse supletoriamente lo dispuesto para la ejecución en la LRJCA.

El órgano jurisdiccional, previo requerimiento de la Administración condenada por un nuevo plazo de un mes y citando, en su caso, de comparecencia a las partes, puede decidir cuantas **cuestiones se planteen en la ejecución**, señalándose a continuación en el precepto determinadas situaciones que pueden producirse pero que no agotan las que pudieran plantearse como:

- el órgano administrativo y funcionarios que han de responsabilizarse de realizar las actuaciones;
- el plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran;
- los medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir;
- las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

Finaliza la regulación del incidente haciendo referencia a los **intereses de demora** en las condenas al pago de cantidad líquida, remitiéndose lo dispuesto en la legislación presupuestaria, si bien en el supuesto de que sea

necesario un nuevo requerimiento, y por tanto se pudiera apreciar falta de diligencia, la autoridad judicial puede incrementar en dos puntos el interés legal a devengar.

#### 8885 Liquidación e ingreso de cantidades correspondientes a prestaciones de pago periódico (LRJS art.288)

En relación con el pago de prestaciones periódicas de la Seguridad social, una vez sea firme la sentencia condenatoria a la constitución de capital-coste de pensión o al pago de una prestación no capitalizable, se remite por el letrado de la Administración de Justicia **copia certificada** a la entidad gestora o servicio común competente.

El organismo de la Seguridad Social debe, en el plazo máximo de 10 días, **comunicar a la oficina judicial** el importe del capital coste de la pensión o el importe de la prestación a ingresar, lo que se notifica a las partes, requiriendo el letrado de la Administración de Justicia a la condenada para que lo ingrese en el plazo de 10 días.

En realidad, no constituye una ejecución sino un **trámite previo a la ejecución** misma pues requiere que, una vez establecida en sentencia la necesidad de constituir un capital renta para garantizar el pago de una prestación de la Seguridad Social, la TGSS determine y concrete el importe del capital-coste a constituir. Para ello, el letrado de la Administración de Justicia remite copia de la sentencia a la entidad gestora, quien, en el plazo de 10 días ha de comunicar a la oficina judicial el importe del capital a ingresar, importe que se notifica a las partes para que se proceda a su ingreso en el plazo de 10 días. En caso de que no se proceda al ingreso, se inician los trámites de ejecución, que en el caso de entidad o persona privada, se lleva a cabo por el trámite de ejecución por obligaciones dinerarias.

La ejecución procede, asimismo, cuando sea requerida por la TGSS en los supuestos en los que proceda **anticipo de las prestaciones** por la entidad gestora.

### CAPÍTULO 6

## Litigación en jurisdicciones especiales

9100	Sección Litigación ante el Tribunal Constitucional	9110
	1.	
	Sección Litigación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	9340
	2.	
	Sección Litigación ante tribunales de la Unión Europea	9390
	3.	
	Sección Jurisdicción voluntaria	9450
	4.	

### SECCIÓN 1

## Litigación ante el Tribunal Constitucional

9110	I. Jurisdicción constitucional	9115
	II. Procesos constitucionales	9140

### Precisiones

Para un **estudio más detallado** de los procesos constitucionales puede consultarse en el nº 6100 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018. Se recomienda igualmente la consulta de los **formularios** constitucionales incluidos en la obra Formularios Procesales.

## I. Jurisdicción constitucional

9115 La posición de la Constitución en el ordenamiento, como norma suprema a la que deben someterse el resto de las normas, parece obligar la instrumentación institucional de un sistema de **control de constitucionalidad**. No obstante, dicho control no surgió al mismo tiempo que el constitucionalismo, sino posteriormente.

El Tribunal Constitucional es, ante todo, un **órgano constitucional**, pues no solo es creado por la Constitución, sino que está regulado con cierto detalle en el propio texto constitucional, sustrayendo al legislador la disposición acerca de su composición, competencias más relevantes, legitimación para acceder a su jurisdicción, y otras materias que conforman el modelo elegido. El Tribunal Constitucional es único en su orden, independiente de los demás poderes públicos, y su **jurisdicción** se extiende a todo el territorio nacional. No obstante, la naturaleza de las **decisiones** del

Tribunal Constitucional (sentencias, autos, providencias), el estatuto de sus miembros y el valor jurídico de dichas decisiones, se encuadran en la órbita de la jurisdicción.

Así lo ha señalado el propio Tribunal estableciendo: «Este Tribunal es un órgano jurisdiccional y no un órgano consultivo y por ello no le compete enjuiciar o corregir los razonamientos judiciales o el modo de expresarlos» ( TCo auto 836/1986 ; 85/1992 ; 226/1993 ; 18/2012 ), aunque ha de tenerse en cuenta que la **jurisprudencia** de los Tribunales de justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional ha de entenderse **corregida** por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales ( LOTC art.40.2 ).

#### Precisiones

1) El Tribunal Constitucional se encuadra en el modelo europeo de **constitucionalismo concentrado**, aunque algún sector de la doctrina considera que se trata de un modelo a medio camino entre el control de constitucionalidad concentrado y el difuso, debido a la vía abierta en Const art.163 , para que los órganos del poder judicial se dirijan al Tribunal Constitucional mediante cuestión de inconstitucionalidad.

2) La **regulación** del Tribunal Constitucional se contiene en el Título IX de la Constitución ( Const art.159 a 165 ) y en la LO 2/1979 del Tribunal Constitucional (LOTC), aplicándose, con **carácter supletorio** ( LOTC art.80 ):

- los preceptos de la LOPJ y de la LEC, en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados;

- los preceptos de la LJCA, en materia de ejecución de resoluciones.

9117 El Tribunal Constitucional se define como **intérprete supremo** de la Constitución ( LOTC art.1 ), por lo que su doctrina se impone a los demás poderes públicos ( TCo 211/1999 ; 128/2002 ; 214/2002 ), aunque hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y solo cabe solicitar de él pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución ( TCo 5/1981 ).

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional **no actúa de oficio**, solo a instancia de los órganos, o personas, legitimadas para ello.

Las **sentencias** recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tienen el valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE ( LOTC art.38.1 ).

Esta posición y las facultades que la Constitución le otorga, confieren al Tribunal el papel de **garante de la Constitución** y cierre del sistema constitucional. El Tribunal realiza también una labor integradora, especialmente valiosa en un Estado plural y descentralizado como el nuestro. La función de intérprete supremo le permite fijar las reglas constitucionales fundamentales para que el pluralismo se desenvuelva en el marco de un orden jurídico común, que respete las exigencias inherentes a las cláusulas de Estado social y democrático de Derecho. En un sistema de pluralismo político la función del Tribunal Constitucional consiste en fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo ( TCo 4/1981 ).

#### Precisiones

1) Los **incumplimientos** de las **resoluciones** del Tribunal por parte de algún poder público, especialmente por parte de las autoridades de la comunidad autónoma catalana, han motivado la reforma de la LOTC por la LO 15/2015 , de 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. Así, la LOTC art.92.4 establece que en caso de incumplimiento el Tribunal «requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto». Recibido el informe el Tribunal podrá acordar determinadas medidas a los afectados: imponer una multa, acordar la suspensión en sus funciones de los responsables del incumplimiento o decidir la ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales.

2) El **juicio de constitucionalidad** sobre esta reforma se produjo a través de las sentencias que avalaron la constitucionalidad de la LO 15/2015 frente a los recursos interpuestos respectivamente por el Gobierno Vasco y por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña ( TCo 185/2016 ; 215/2016 ).

#### 9120 Composición

(Const art.159; LOTC art.5 y 16 a 18 )

El Tribunal Constitucional se compone de doce **miembros** nombrados por el Rey:

- cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de 3/5 de sus miembros ( Rgto Congreso art.204 );



- cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría ( Rgto Senado art.184.7 );
- dos a propuesta del Gobierno; y
- dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Los magistrados **propuestos por el Senado** deben ser elegidos entre los candidatos presentados por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas en los términos que determine el reglamento de la Cámara ( LOTC art.16.1 ; Rgto Senado art.184.7 ).

Los magistrados del Tribunal Constitucional, elegidos por mandato constitucional entre juristas de reconocida competencia, son independientes e inamovibles. Los miembros del Tribunal Constitucional **deben ser nombrados** entre ciudadanos españoles que sean magistrados, fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos o abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función.

#### Precisiones

En relación a la composición del Tribunal Constitucional debemos realizar dos consideraciones:

- a) En primer lugar, como ha señalado la generalidad de la doctrina, el **número de miembros** no parece adecuado, en tanto se pueden provocar situaciones que obliguen al presidente a utilizar, con demasiada frecuencia, el **voto de calidad** que le atribuye la LOTC, por lo que hubiera sido preferible que el constituyente hubiera optado por establecer un número impar de miembros.
- b) En segundo lugar, y en cuanto al **origen de la elección** de los magistrados, se aprecia un indudable protagonismo del Congreso y del Senado frente a la minusvaloración del Poder judicial. Esta situación ha conllevado que se suela criticar al Tribunal Constitucional como un órgano excesivamente politizado.

#### 9122 Duración del cargo

(Const art.159.3; LOTC art.16.3, 4 y 5)

La duración del cargo de los magistrados es de 9 años, sin posibilidad de **reelección** inmediata, salvo si se ha servido en el cargo por un plazo no superior a 3 años. Con el fin de asegurar la continuidad en las actuaciones del Tribunal, se procede a su **renovación** por terceras partes cada 3 años.

Ningún magistrado puede ser propuesto al Rey para otro período inmediato salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a 3 años.

Si se produce un **retraso** en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les ha de restar del mandato el tiempo de retraso en la renovación ( LOTC art.16.5 ).

#### Precisiones

En la **primera renovación del Tribunal Constitucional** surgió un problema que desembocó en un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias, lo que impidió, durante casi un año, la renovación. La cuestión radica en que la Constitución reguló un sistema en virtud del cual cabría la posibilidad teórica de que no todos los magistrados cumplieran el mandato constitucional de 9 años ( Const disp.trans.9ª ). Esta situación no se produjo en la práctica ya que, en la primera renovación, el Congreso de los Diputados confirmó a los 4 magistrados existentes. Posteriormente, y por distintas circunstancias unos magistrados han ejercido su mandato por un período ostensiblemente mayor, llegando incluso hasta los 12 años mientras que otros han desempeñado sus funciones por un período de 6. De ahí el sentido de la reforma realizada por la LO 8/2010 .

#### 9124 Cese

(LOTC art.17 y 23 )

Son **supuestos** de cese:

- la renuncia, aceptada por el presidente del Tribunal;
- la expiración del plazo de su nombramiento;
- incurrir en alguna causa de incapacidad de las previstas para los miembros del Poder judicial;
- la incompatibilidad sobrevenida;
- dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo;
- violar la reserva propia de su función; o
- haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o por culpa grave.

Los magistrados deben continuar en el **ejercicio de sus funciones** hasta que hayan tomado posesión quienes hayan de sucederles.

#### Precisiones

La LOTC no solo establece con carácter absoluto y tasado las causas que pueden dar lugar al cese de los magistrados, sino que, según los casos, atribuye en exclusiva a su presidente, o al Pleno del Tribunal, y no a ninguna otra instancia, la **competencia** para decretar su cese ( LOTC art.23.1 y 2 ), de manera que ningún otro órgano o poder del Estado puede apreciar su concurrencia, por lo que la posibilidad de decretar el cese de los magistrados del Tribunal Constitucional por concurrir alguna de las causas legalmente previstas en la LOTC constituye una **potestad de autogobierno** que, por su propia naturaleza y en garantía de su independencia, solo puede ser impulsada y ejercida por los magistrados que lo integran (Acuerdo TCo Pleno 6-3-03 ).

#### 9125 Estructura interna (LOTC art.6 a 9 )

El Tribunal Constitucional actúa en **Pleno**, en **sala** o en **sección**. Corresponde al Tribunal en pleno elegir de entre sus miembros a su **presidente** y proponer su nombramiento al Rey.

#### 9127 Presidente y vicepresidente (Const art.160; LOTC art.7 , 9 y 15 )

El Pleno del Tribunal debe **elegir de entre sus miembros**, por votación secreta, al presidente, que es **nombrado** por el Rey.

El presidente dispone de un **mandato** de 3 años, con la posibilidad de una sola reelección.

Sobre la **forma de elección** se sigue el sistema de dos vueltas, exigiéndose mayoría absoluta en la primera y mayoría simple en la segunda, y contemplándose una tercera votación en caso de empate y, si este se repite, debe ser propuesto para el cargo el magistrado de mayor antigüedad y, en caso de igualdad, el de mayor edad.

La figura del presidente adquiere una importante labor de arbitraje dentro de la estructura interna del Tribunal. Le corresponde la presidencia de la **Sala Primera del Tribunal Constitucional** y se le atribuyen las siguientes **funciones**:

- ejerce la representación del Tribunal, convoca y preside el Tribunal en Pleno y convoca las salas;
- adopta las medidas precisas para el funcionamiento del Tribunal, de las salas y de las secciones;
- comunica a las cámaras, al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial, en cada caso, las vacantes;
- nombra a los letrados, convoca los concursos para cubrir las plazas de funcionarios y los puestos de personal laboral, y ejerce las potestades administrativas sobre el personal del Tribunal.

El **vicepresidente** del Tribunal es elegido, por un plazo de 3 años, siguiendo el mismo procedimiento que para la elección del presidente y su **función principal** es la de presidir la Sala Segunda del Tribunal y sustituir al presidente en sus funciones.

#### 9129 Pleno (LOTC art.6.2, 10 y 14 )

El Pleno del Tribunal Constitucional **está integrado** por los doce magistrados y es presidido por el presidente del Tribunal.

Conoce de todos los **procesos** que son competencia del Tribunal Constitucional, si bien de los recursos de amparo solo lo hace previa avocación, pues estos recursos corresponden, en principio, a las salas.

El Pleno conoce de los **asuntos** enumerados en la LOTC art.10 .

En cuanto a su **organización interna y funcionamiento**, el Pleno puede constituirse en secciones y nombrar comisiones para fines determinados.

Sus **acuerdos** necesitan la presencia de los dos tercios de sus miembros, pero las **decisiones** -con carácter general- se adoptan por mayoría simple de sus miembros, decidiendo el presidente en caso de empate.

#### 9130 Salas y secciones

(LOTIC art.7 y 11 a 13 )

El Tribunal Constitucional consta de dos **salas**, formadas por seis magistrados:

- la Sala **Primera**, presidida por el presidente del Tribunal; y
- la Sala **Segunda**, presidida por el vicepresidente.

Cada una de las salas se compone, además, de dos secciones formadas por tres magistrados.

En su **funcionamiento**, las salas siguen las reglas generales del Pleno, pues requieren la presencia de los dos tercios de sus miembros y sus acuerdos se adoptan por mayoría simple.

En cuanto a sus **funciones**, la división en salas no es por razón de la materia que hayan de conocer cada una, sino por cuestiones de funcionalidad del trabajo. La distribución de asuntos entre las salas del Tribunal se efectúa según un turno establecido por el Pleno a propuesta de su presidente.

La **competencia** más importante de las salas es el conocimiento del recurso de amparo, aunque también las secciones tienen competencias en este recurso ( LOTC art.48 ). Además, corresponden a las salas las competencias que no pertenecen al Pleno y las que puedan recabar de las secciones.

No obstante, las salas **están obligadas** a requerir el pronunciamiento del Pleno en determinados supuestos: cuando considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal.

Por lo que se refiere a las **secciones**, las funciones de mayor trascendencia constitucional son las referidas al recurso de amparo, puesto que además del determinar la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, pueden conocer del fondo del asunto ( LOTC art.50 , 53 y 54 ).

### 9132 Funcionamiento

(Const art.164; LOTC art.86 , 90 y 93 )

La forma habitual de concluir los procesos constitucionales es la **sentencia**, salvo en el control previo de los tratados internacionales, en donde la decisión del Tribunal Constitucional adopta el nombre de **declaración**.

Así, la decisión del proceso constitucional se produce en forma de sentencia, que debe procederse a su **publicación** en el **BOE** con los votos particulares, si los hay, dentro de los 30 días siguientes a la fecha del fallo.

Las sentencias del Tribunal Constitucional ponen **fin al proceso** en sede constitucional, ya que contienen la decisión definitiva sobre un asunto presentado a su conocimiento.

Tienen el valor de **cosa juzgada** a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las partes pueden solicitar la aclaración de las mismas, en el plazo de 2 días desde su notificación.

El núcleo central de la sentencia son los **fundamentos jurídicos**, que establecen la doctrina constitucional. La sentencia finaliza con el **fallo**.

En lo referente a los **votos particulares**, que se incorporan a la resolución y se publican con esta en el BOE, suponen la opinión discrepante de algún magistrado del Tribunal, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación.

#### Precisiones

El uso del **término «sentencia»** nos confirma que estamos ante el acto de un auténtico Tribunal, que tiene indudables analogías con las de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

### 9134 En lo que se refiere a los **demás actos del Tribunal**:

- a) Las decisiones de **inadmisión inicial, desistimiento y caducidad** adoptan la forma de auto, salvo que la Ley disponga expresamente otra forma.
- b) Las **otras resoluciones** adoptan la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.

A lo largo de la LOTC se encuentran otras referencias a decisiones que adoptan la forma de **auto**, como, por ejemplo, en lo relativo a la admisión de conflicto negativo de competencia ( LOTC art.62.2 ).

En general, la mayoría de los asuntos se admiten a trámite mediante **providencia** ( LEC art.206.2.1ª ).

## II. Procesos constitucionales

9140	<b>A. Control de constitucionalidad de las Leyes</b>	9145
	1. Recurso de inconstitucionalidad	9150
	2. Cuestión de inconstitucionalidad	9180
	3. Sentencia en procesos de inconstitucionalidad	9200
	<b>B. Recurso de amparo</b>	9210
	1. Derechos protegidos	9215
	2. Actos impugnables, plazos para recurrir y legitimación	9220
	3. Tramitación	9235
	<b>C. Conflictos constitucionales</b>	9290
	1. Conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas o de estas entre sí	9295
	2. Conflictos entre órganos constitucionales del Estado	9310
	3. Conflictos en defensa de la autonomía local	9315
	<b>D. Impugnación de disposiciones y resoluciones de las comunidades autónomas</b>	9320
	<b>E. Control previo de constitucionalidad de los Tratados internacionales</b>	9325
	<b>F. Recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y contra propuestas de reforma de estatutos de autonomía</b>	9330

### A. Control de constitucionalidad de las Leyes

(LOTIC art.27 a 40 )

9145 El Tribunal realiza esta tarea a través de los **procedimientos de constitucionalidad**: el recurso y la cuestión.

Mediante estos procedimientos el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de **normas con rango de Ley** ( LOTC art.27.1 ).

Así, son **susceptibles de declaración de inconstitucionalidad**:

- Los estatutos de autonomía y las demás leyes orgánicas.
- Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley, tanto leyes parlamentarias como gubernamentales.
- Los tratados internacionales.
- Los reglamentos de las cámaras y de las Cortes Generales y los reglamentos de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.
- Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las comunidades autónomas, tanto leyes parlamentarias como gubernamentales.

Fuera de estos supuestos, el **control de otras normas jurídicas** que carezcan de rango de Ley, tales como las aprobadas por el Gobierno, en especial, los reglamentos, quedan sujetos a un control encomendado a la jurisdicción ordinaria (nº 6955 ).

9147 En cuanto a los **parámetros para la declaración de inconstitucionalidad**, el Tribunal debe tener en cuenta no solo los preceptos constitucionales, sino también las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas ( LOTC art.28.1 ). Dado que el recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto establecer la conformidad con la Constitución de una determinada legalidad -y su mantenimiento dentro del ordenamiento jurídico o su expulsión de él-, cuando el juicio de constitucionalidad haya de producirse por el contraste no solo con la Constitución, sino con el llamado **bloque de la constitucionalidad** ( LOTC art.28.1 ), al hablar de Leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas, es claro que el Tribunal ha de considerar las Leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio y dictarse la sentencia ( TCo 137/1986 ).

Se dispone además la inconstitucionalidad de la ley por incumplimiento de los **principios formales y competenciales** establecidos en la Constitución para la producción legislativa: el Tribunal puede declarar inconstitucionales por infracción de la Const art.81 , los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una comunidad autónoma en el caso de que dichas disposiciones

hayan regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido ( LOTC art.28.2 ).

#### Precisiones

En definitiva, la LOTC art.28 contiene lo que el Tribunal ha denominado **bloque de constitucionalidad**, puesto que el procedimiento de inconstitucionalidad se dirige a verificar la compatibilidad o incompatibilidad de normas con fuerza de Ley con el bloque de la constitucionalidad, tal cómo se define en dicho precepto; y es sobre las normas, y no en abstracto sobre su eventual interpretación, sobre la que el Tribunal ha de pronunciarse, sin que quepan pronunciamientos preventivos ( TCo 76/1988 ; 49/1984 ).

#### 1. Recurso de inconstitucionalidad

(Const art.161 , 162 y 164 ; LOTC art.31 a 34 )

9150	a. Legitimación	9155
	b. Procedimiento	9160

9152 El recurso de inconstitucionalidad se define como un proceso caracterizado por las notas inherentes a todo proceso judicial: **contradicción, oposición y sentencia**; si bien con una naturaleza objetiva -interés objetivo de la tutela de la supremacía de la Constitución- y una dimensión política que le confieren ciertas peculiaridades.

Se trata de un medio de **impugnación directa** de las normas con rango de Ley ( TCo 385/1993 ) y es un recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento ( TCo 199/1987 ).

La **función principal** de los procesos de constitucionalidad, es la defensa objetiva de la Constitución, afirmar su primacía y privar de todo efecto a las Leyes contrarias a la misma, excluyendo del ordenamiento a las disconformes con la Constitución ( TCo 14/1981 ).

#### Precisiones

Supone la posibilidad de que el Tribunal realice un **control jurídico**, no un control de oportunidad política, que no le corresponde ya que la finalidad del recurso es depurar la disposición impugnada. El recurso de inconstitucionalidad no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal como una impugnación dirigida contra un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, de suerte que para decidir la legitimidad constitucional haya que enjuiciar los criterios de aplicación del Derecho. La función del recurso es más modesta pero más clara. Se trata de enjuiciar, exclusivamente, los textos legales y las fórmulas legislativas que no se encuentren expresamente derogados ( TCo 11/1981 ), teniendo también un indudable valor las sentencias interpretativas. Así, se trata de un control eminentemente jurídico que toma como base la Constitución pero que no debe obviar las consecuencias políticas de tales decisiones.

#### a. Legitimación

(Const art.162.1.a; LOTC art.32)

9155 La legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad **corresponde** al presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a cincuenta diputados, a cincuenta senadores, a los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en su caso, a las asambleas de las mismas.

La facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la **alta cualificación política** que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio, sino el **interés general** y la supremacía de la Constitución, de manera que el *ius agendi* en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que lo ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que se ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta ( TCo 42/1985 ).

La legitimación del **presidente del Gobierno** se justifica en la supervisión de la actividad legislativa de las comunidades autónomas y para garantizar la integridad de las competencias del Estado. De ahí, el sentido que ha de otorgarse a la ampliación del plazo de presentación del recurso por parte del presidente del Gobierno: 9 meses ( LOTC art.33.2 ).

9157 La legitimación que se confiere a **diputados y senadores** no está referida al Grupo parlamentario sino a la agrupación ocasional o *ad hoc* de cincuenta diputados o cincuenta senadores, que se unen al solo efecto de impugnar la validez

constitucional de una Ley. La agrupación surge solo de la concurrencia de voluntades en la decisión impugnatoria y solo tiene existencia jurídica como parte en el proceso que con esa impugnación se inicia, en el cual los diputados o senadores no actúan en rigor como *litis consortes*, sino como integrantes de una **parte única** que, por imperio de la Ley, ha de ser siempre plural. De ahí el que hayan de actuar mediante una **representación única** que puede ser otorgada, bien a uno de sus miembros, bien a un comisionado «nombrado al efecto» - LOTC art.82.1 - ( TCo 42/1985 ).

La regulación en la LOTC de la **legitimación autonómica** difiere ligeramente de lo establecido en la Constitución, ya que circunscribe las competencias autonómicas para recurrir normas estatales a que se trate de normas con rango de Ley que afecten al ámbito de autonomía de la comunidad autónoma ( LOTC art.32.2 ), prohibiéndose así la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra normas con rango de Ley de la misma comunidad o de otras comunidades autónomas. En este sentido, la legitimación de las comunidades se extiende objetivamente al **ámbito de sus intereses** peculiares que, evidentemente, se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la comunidad autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado. El haz de **competencias** de la comunidad autónoma, plasmación positiva de su ámbito propio de autonomía es, simplemente, el lugar en donde ha de situarse el punto de conexión entre el interés de la comunidad y la acción que se intenta, pero el objetivo que esta persigue, la pretensión a que da lugar, no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional ( TCo 84/1982 ).

## b. Procedimiento

### 9160 Plazo de interposición (LOTC art.31 , 33.1)

El recurso de inconstitucionalidad se ha de formular dentro del plazo de 3 meses a partir de la publicación de la norma recurrida, mediante **demanda** presentada por los órganos legitimados en la que han de señalar las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados. También debe expresarse con claridad y precisión la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido.

En cuanto al **cómputo del plazo**, el recurso se puede interponer a partir de su **publicación oficial** ( LOTC art.31 ), lo que supone publicación en el BOE para las normas con rango de ley estatales, y publicación en el boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente para las normas con rango de Ley autonómicas.

#### Precisiones

La cuestión es relevante pues hay que recordar que todas las normas con rango de Ley autonómicas son objeto de **publicación** también en el **BOE**, por lo que el Tribunal ha señalado que son los propios estatutos de autonomía los que otorgan a la publicación autonómica carácter constitutivo de la Ley o de perfección de su eficacia, fijando el momento de su entrada en vigor. Así, en el ámbito de cada comunidad su **diario oficial** asume una posición que marca el punto de partida de todos los efectos jurídicos de la norma legal, mientras que la **segunda publicación** en el BOE tiene unos efectos simplemente instrumentales o para reforzar la publicidad material ( TCo auto 579/1989 ; 620/1989 ).

9162 No obstante, el presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas pueden disponer del **plazo más amplio** de 9 meses, con la finalidad de evitar la interposición del recurso, siempre que se cumplan los siguientes **requisitos** ( LOTC art.33.2 ):

- a) Que se reúna la **Comisión Bilateral de Cooperación** entre la Administración General del Estado y la respectiva comunidad autónoma.
- b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre **iniciación de negociaciones** para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo.
- c) Que el acuerdo sea puesto en **conocimiento del Tribunal Constitucional** dentro de los 3 meses siguientes a la publicación de la norma con rango de Ley, y se inserte en el BOE y en el diario oficial de la comunidad autónoma correspondiente.

#### Precisiones

Este apartado fue incluido por la reforma que se efectuó de la LOTC mediante LO 1/2000 , con la finalidad de ofrecer un **cauce de conciliación** entre el ejecutivo estatal y los ejecutivos autonómicos enfrentados en los recursos de inconstitucionalidad con contenido competencial y que intenta evitar, con esa conciliación, la interposición del recurso.

## 9164 Demanda

( LOTC art.33.1 y 85 )

La iniciación de un proceso constitucional debe hacerse por escrito fundado, en el que se ha de fijar con precisión y claridad lo que se pida.

En cuanto al **lugar de presentación**, la demanda de un recurso de inconstitucionalidad se debe presentar en el registro del propio Tribunal Constitucional, aceptándose también la interposición en el Juzgado de Guardia de Madrid ( TCo 99/1986 ; 148/1991 ), pero no admitiéndose la presentación en ningún otro órgano.

Sobre el **contenido** de la demanda, se señala que en ella deben expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido.

En lo referente a la **identidad** de los que ejercitan la acción no existen especiales dudas. Se trata de que en la demanda se haga constar claramente cuál de los legitimados para ello presentan el recurso de inconstitucionalidad. Lo único reseñable es la necesidad de hacer constar la **identidad del comisionado**: los órganos o el conjunto de diputados o senadores investidos por la Constitución y por la Ley de legitimación para promover procesos constitucionales deben actuar en los mismos representados por el miembro o miembros que designen o por un comisionado nombrado al efecto ( LOTC art.82.1 ).

9165 En el caso de que la demanda sea presentada por el Gobierno, puede solicitar la **suspensión de la vigencia** de la disposición impugnada, si esta ha sido dictada por una comunidad autónoma ( Const art.161.2 : nº 9320 ). El Tribunal ha de valorar esa petición y puede suspender su vigencia durante un **plazo** no superior a 5 meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia. En todo caso, el Tribunal debe ponderar, de un lado, los intereses que se encuentren implicados, tanto el general y público, como el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión ( TCo auto 71/2003 ).

En este sentido, ha de recordarse que el **mantenimiento** de la suspensión requiere que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no solo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que es preciso demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, ya que debe partirse en principio de la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto ( TCo auto 100/2002 ; 472/1988 ; 589/1988 ; 285/1990 ; 266/1994 ; 267/1994 ; 39/1995 ; 156/1996 ).

En lo referente al contenido, esto es, la norma o acto impugnado y el precepto constitucional conculcado, supone que la demanda contenga, por una parte, el **objeto del recurso** y, por otro, el **fundamento de la pretensión** o *causa petendi*.

- En cuanto al objeto del recurso supone que la demanda debe concretar la **Ley, disposición o acto impugnado**, en todo o en parte, conteniendo toda una argumentación jurídica con la consiguiente contradicción con respecto al contenido de la Constitución.
- Por su parte, el **suplico** es la parte decisiva para reconocer y concretar el objeto de todo recurso ( TCo 195/1998 ), además, que en el cuerpo del recurso debe contenerse la argumentación específica o razonamientos que fundamenten la presunta contradicción de estos con la Norma Fundamental ( TCo 146/1994 ; 214/1994 ; 195/1998 ).

En definitiva, el Tribunal exige que la demanda sea **congruente con la pretensión** que se formula, pues una obvia razón de congruencia impone un ajuste entre la impugnación y el contenido de la disposición impugnada, para evitar que puedan ser objeto de recurso y de declaración jurisdiccional cuestiones o materias no reguladas por la Ley recurrida, sino por otras que a la recurrida sirven solo de presupuesto ( TCo 24/1982 ), evitándose las demandas genéricas.

## 9167 Trámite de admisión

La LOTC no señala un trámite de admisión concreto en el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal desde sus inicios ha efectuado un trámite previo de admisibilidad que permita resolver, antes de oír las alegaciones sobre el fondo de la cuestión debatida, acerca de la existencia o inexistencia de los indispensables **requisitos procesales** ( TCo 42/1985 ).

Por ello, el Tribunal señala que ha de sostenerse la pertinencia, en los recursos de inconstitucionalidad, de los **incidentes previos sobre admisibilidad**, ya que, aunque la LOTC no contenga una mención expresa a los mismos -a diferencia de lo que ocurre con las cuestiones de inconstitucionalidad o con los recursos de amparo-, tampoco los excluye ( TCo auto 620/1989 ).

La **inadmisión** de los recursos se ha producido por el incumplimiento de los requisitos procesales. Son ejemplos de este supuesto los autos de inadmisión por extemporaneidad ( TCo auto 808/1987 ).

Por su parte la **admisión a trámite** se realiza por providencia, en la que, además, el Tribunal Constitucional debe dar **traslado** de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso sea una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una comunidad autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, a fin de que puedan **personarse** en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas ( LOTC art.34.1 ).

#### 9170 Formulación de alegaciones (LOTC art.34 y 88 )

Pueden presentar alegaciones en cualquier recurso de inconstitucionalidad los mismos **órganos** que están legitimados para presentar un recurso.

El **plazo** para personarse y presentar alegaciones es de 15 días y, en cualquier caso, solo los órganos personados después del llamamiento del Tribunal quedan legitimados para presentar alegaciones.

Por otro lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración pública la **remisión del expediente** y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional. Si el recurso hubiera sido ya admitido, el Tribunal habilitará un plazo para que el expediente, la información o los documentos puedan ser conocidos por las partes para que estas aleguen lo que a su derecho convenga.

En el trámite de alegaciones se podrá solicitar la **recusación** o recusaciones de los miembros del Tribunal, que no están previstas en la LOTC, por lo que se aplica LOPJ art.219 . El fundamento de la recusación se encuentra en la misma LOTC que dispone que sus magistrados ejercerán su función de acuerdo, entre otros principios, con el de imparcialidad, a cuyo aseguramiento obedecen precisamente las causas de recusación y abstención ( TCo auto 26/2007 ).

Los **motivos** de recusación han de subsumirse necesariamente en algunos de aquellos supuestos que la Ley define como tales ( TCo 69/2001 ; 157/1993 ; auto 61/2003 ). Además, en el escrito en el que se proponga una recusación se debe expresar concreta y claramente la causa de recusación prevista por la Ley, sin que baste afirmar un motivo de recusación; es preciso expresar los **hechos concretos** en que la parte funde tal afirmación y que estos hechos constituyan -en principio- los que configuran la causa invocada ( TCo auto 109/1981 ; auto 115/2002 ; 80/2005 ).

#### 9172 Prueba (LOTC art.89.1)

El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la práctica de prueba cuando lo estime necesario y ha de resolver libremente sobre la **forma** y el **tiempo** de su realización, sin que en ningún caso pueda exceder de 30 días.

## 2. Cuestión de inconstitucionalidad

(Const art.163; LOTC art.35 a 37 )

9180	a. Legitimación	9185
	b. Procedimiento	9190

#### 9182 Se establece la posibilidad de que el **planteamiento** de la cuestión al Tribunal Constitucional se realice **por parte de un juez o tribunal**, de oficio o a instancia de parte, cuando considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución ( LOTC art.35.1 ).

Se trata de un **control concreto de constitucionalidad** y así lo ha reconocido el Tribunal desde sus primeras sentencias: la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución ( TCo 17/1981 ). La supremacía de la Constitución obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la **posible inconstitucionalidad de las Leyes** en las que, en cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos, pero, en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la Ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino solo para **cuestionarlas** ante el Tribunal ( TCo 17/1981 ). Así, solo cabe la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad en el supuesto en que el juez o tribunal tenga dudas efectivas acerca de la contradicción entre la Ley que va a aplicar con el texto constitucional.

Precisiones



En cualquier caso, aunque el origen de la cuestión y del recurso sea distinto, la **finalidad** es la misma, y así aunque para distinguir la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, en algunas sentencias se haya calificado a la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar que es un proceso que tan solo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial; sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del **recurso de inconstitucionalidad** ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad ( TCo 161/1997 ).

#### a. Legitimación

(Const art.163; LOTC art.35)

**9185** La legitimación para presentar la cuestión **corresponde** a un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, si considera que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución ( Const art.163 ; LOTC art.35.1 ).

El órgano judicial debe presentar la cuestión ante el Tribunal Constitucional solo cuando por **vía interpretativa** no pueda ajustar la norma con rango de Ley al contenido de la Constitución, pues así lo exige el principio de «interpretación conforme» ( LOPJ art.5 ).

En lo relativo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva del órgano judicial la **decisión de plantearla**, de tal manera que la referencia a la posibilidad de que a instancia de parte se solicite al juez, no supone a este una obligación en tal sentido, pues el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es **prerrogativa exclusiva e irrevisable** de los órganos judiciales, los cuales por el mero hecho de no suscitarse y aplicar la Ley que, pese a la opinión contraria del justiciable, no consideran inconstitucional, no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva de este ( TCo 148/1986 ; 23/1988 ; 67/1988 ; 119/1991 ; 130/1994 ).

Antes de adoptar su decisión definitiva, el órgano judicial debe **oír a las partes y al Ministerio Fiscal** para que, en el plazo común e improrrogable de 10 días, puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta. Seguidamente el juez resolverá mediante **auto** en el plazo de 3 días. Este auto no es susceptible de recurso de ninguna clase, aunque la cuestión de inconstitucionalidad puede ser **intentada de nuevo** en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme ( LOTC art.35.2 ).

#### Precisiones

Por ello, se puede hablar de **dos procedimientos diferenciados** en el desarrollo de la cuestión, el que se produce en el seno del órgano judicial que insta la cuestión y, por otro lado, el que posteriormente se lleva a cabo en el propio Tribunal Constitucional, que se inicia con la admisión de la cuestión.

#### b. Procedimiento

##### 9190 Plazo

(LOTC art.35.2)

El órgano judicial solo puede plantear la cuestión una vez **concluido un procedimiento**, dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución judicial que proceda.

Se marca en la LOTC un plazo preclusivo y el órgano judicial ha de emitir un juicio provisional sobre la norma con rango de Ley que ha de aplicar. El debido **juicio de relevancia**, es decir, el esquema argumental del que resulta la dependencia entre el fallo del proceso a quo y la validez o invalidez de la norma cuestionada es algo que debe realizar el órgano judicial y lo hace a la luz de la interdependencia existente entre pretensión procesal, objeto del proceso y resolución judicial ( TCo 189/1991 ).

##### 9192 Auto de presentación

(LOTC art.35.2 y 36 )

El órgano judicial al plantear la cuestión **debe concretar** la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o **justificar** en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

En el auto en el que planteé la cuestión el órgano judicial no dispone de total libertad, pues está condicionado por el trámite previsto de **audiencia** a las **partes y al Ministerio Fiscal**, y con ello se garantiza que en el auto que plantea la cuestión no se introduzcan **elementos nuevos** que los sujetos interesados en el proceso no han podido previamente

conocer ni, por ello, apreciar o impugnar su relevancia para el planteamiento de la cuestión, privándose así al órgano judicial de la opinión de aquellos y no facilitándose su reflexión sobre los mismos ( TCo 126/1997 ).

En el auto por el que se plantee la cuestión o la duda sobre la constitucionalidad de los preceptos de la norma con rango de Ley, el juez **tiene que explicar** las razones por la que sospecha de la inconstitucionalidad, y no basta que enumere los preceptos constitucionales que entiende vulnerados.

El auto judicial de planteamiento de la cuestión se eleva al Pleno del Tribunal Constitucional, junto con **testimonio** de los **autos principales** y de las **alegaciones** ( LOTC art.36 ).

Lógicamente, cabe la posibilidad de que se produzca la **subsanción** de estos requisitos.

#### Precisiones

**1) El juez no puede**, ni remitirse a las dudas que en cuanto a la constitucionalidad de una norma con rango de Ley hayan expresado las partes, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones que la abonan, pues ni las partes de un proceso ordinario están legitimadas para proponer la cuestión ante el Tribunal Constitucional, ni la decisión de este es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de Ley ( TCo 17/1981 ).

**2) El trámite de audiencia** persigue que las partes y el Ministerio Fiscal colaboren en el proceso de formación de la decisión del juzgador *a quo* ( TCo auto 13/1998 ).

#### 9194 Trámite de admisión (LOTC art.35 y 37 )

En contra de lo que sucede para los recursos de inconstitucionalidad, sí se ha previsto un **trámite específico** de admisión de las cuestiones, que permite al Tribunal, mediante auto motivado inadmitir la cuestión. Se trata de controlar tanto los presupuestos procesales como el fundamento de la cuestión.

Son **presupuestos procesales**, que la norma que pueda ser contraria a la Constitución:

- tenga rango de Ley,
- sea aplicable al caso, y
- el fallo dependa de su validez.

Sobre el **juicio de aplicabilidad**, el Tribunal se ha mostrado flexible, pues no es su competencia determinar qué norma debe aplicar el juez ordinario a un caso concreto. El órgano judicial que plantea la cuestión es así, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir, y el control del Tribunal Constitucional sobre este primer requisito ha de limitarse, por decirlo así, «a juzgar por las apariencias». Solo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabe declarar inadmisibles por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad ( TCo 17/1981 ).

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en lo referente al **juicio de relevancia**, esto es, a que el Tribunal debe constatar si en efecto el fallo depende de la validez de la norma con rango de Ley aplicable al caso. Tampoco debe ni puede pronunciarse el Tribunal Constitucional acerca de la necesidad de que el fallo haya de basarse precisamente en la norma cuestionada, pues basta, para juzgar acerca de la admisibilidad de la cuestión, con la apariencia de que tal fundamentación sea efectivamente procedente ( TCo 17/1981 ).

#### 9195 Más severo es el Tribunal con la adecuación del planteamiento de la cuestión, o lo que ha venido en llamar el **control de coherencia**. En este sentido, corresponde al Tribunal Constitucional revisar la adecuación y consistencia del juicio de relevancia y, dado que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita en el seno de un concreto y determinado proceso, dicha revisión tiene necesariamente que realizarse partiendo de la naturaleza y ámbito objetivo de ese proceso, pues la interdependencia que existe entre pretensión procesal, proceso y resolución judicial hace que el sentido y alcance de esta vengan siempre determinados y condicionados por la clase de proceso en que se produce y por el contenido y finalidad de la pretensión que en el mismo se ejercita ( TCo 166/1986 ).

En lo referente al **fundamento de la cuestión** o a la posibilidad de inadmitir la cuestión si es «notoriamente infundada» ( LOTC art.37.1 ) se ha entendido que dicho concepto (notoriamente infundada) encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar al Tribunal Constitucional un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad ( TCo auto 389/1990 ). Supone en definitiva que la motivación del auto se presentaría como del todo incongruente con la decisión misma de promover ante el Tribunal la duda de constitucionalidad ( TCo 222/1992 ).

En el supuesto de que la cuestión no sea notoriamente infundada y satisfaga las condiciones procesales, la sección debe acordar su admisión mediante **providencia**, que se publicará en el BOE ( LOTC art.37.2 ).

### 9197 Formulación de alegaciones (LOTC art.37.2)

Admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial pueden **personarse** ante el Tribunal Constitucional dentro del **plazo** de los 15 días siguientes a su publicación, para formular **alegaciones**, en el plazo de otros 15 días.

Este precepto permite que quienes sean partes en el proceso judicial se personen en el Tribunal Constitucional, subsanándose de esta forma la falta de **participación de las partes**, señalada por la doctrina. Todo ello constituye un paso importante en la participación de las partes en los procedimientos judicial y en el ámbito constitucional, de la cuestión de inconstitucionalidad.

Aparte de esta posibilidad de formular alegaciones, los **efectos** de la admisión a trámite de la cuestión son semejantes a los establecidos para la **admisión del recurso** (nº 9167 ), en lo que se refiere al **traslado del auto** al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y, en su caso, a la comunidad autónoma que dictó la norma con rango de Ley de cuya constitucionalidad se duda. Se da también traslado al Fiscal General del Estado, cuya consulta es obligada. La **finalidad** de este procedimiento es que dichos órganos constitucionales puedan alegar lo que estimen pertinente, en el plazo de 15 días ( LOTC art.37.3 ).

### 3. Sentencia en procesos de inconstitucionalidad

(Const art.164; LOTC art.38 a 40 )

9200 Sobre las sentencias en procesos de inconstitucionalidad se establece que tienen el valor de **cosa juzgada**, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE.

Respecto a la cuestión de inconstitucionalidad se precisa los **efectos** de la **notificación** de la sentencia a las partes, ya que el proceso judicial que dio lugar a la cuestión queda en suspenso hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Si se trata de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo debe comunicar inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso ( LOTC art.38.3 ).

En cuanto a los efectos *erga omnes* de las sentencias, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que implica, como consecuencia ineludible que, declarada la **inconstitucionalidad de una norma legal**, esta queda expulsada del ordenamiento, por lo que no puede ser aplicada por ningún órgano del Estado ( TCo auto 275/1987 ).

Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos, debe declarar la **nulidad** y, además, puede extender la inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad a aquellos otros preceptos de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse **por conexión o consecuencia** ( LOTC art.39.1 ).

#### Precisiones

En determinadas ocasiones el Tribunal ha señalado que la declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse a la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material ( TCo 132/2010 ) y por ello no siempre es necesaria la **vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad** ( TCo 45/1989 ; 138/2005 ; 273/2005 ; 236/2007 ; 120/2010 ; 131/2010 ).

9202 Por otra parte, y a pesar de que las demandas de inconstitucionalidad deben especificar los preceptos de la norma con rango de Ley recurridos y los preceptos constitucionales que se consideren infringidos, el Tribunal Constitucional puede fundar la declaración de inconstitucionalidad en la **infracción de cualquier precepto constitucional**, haya o no sido invocado en el curso del proceso ( LOTC art.39.2 ).

A pesar del principio de cosa juzgada, se establecen salvedades para procesos penales o contenciosos administrativos: Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permiten revisar **procesos fenecidos** mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los **procesos penales o contencioso-administrativos** referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad ( LOTC art.40.1 ).

Por último, se dispone que la **jurisprudencia** de los Tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional ha de entenderse **corregida** por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales ( LOTC art.40.2 ).

## B. Recurso de amparo

(Const art.53.2 y 161 )

**9210** La Constitución otorga al Tribunal Constitucional competencias para conocer los recursos de amparo en **defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas** de la Ley.

No obstante, el Tribunal Constitucional no tiene en esta materia el monopolio de la defensa de estos derechos, como ocurre en el caso de declaración de inconstitucionalidad. Así, la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas (nº 9215 ) **se otorga a** los órganos del poder judicial, reconociendo a todas las personas el derecho a la tutela judicial efectiva ( Const art.24 ).

Solo es posible el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en caso de que el acceso a los **Tribunales ordinarios** no sea posible o se hubiera agotado la jurisdicción ordinaria sin haber logrado la restitución del derecho vulnerado. Se atribuye la tutela de los derechos fundamentales primariamente a los Tribunales ordinarios, por lo que la **articulación** de la jurisdicción constitucional con la ordinaria ha de preservar el ámbito que al Poder judicial reserva la Constitución ( TCo 112/1983 ; 122/1996 ; 211/1999 ; 284/2000 ).

El recurso de amparo debe quedar como una **garantía constitucional**, y excepcional, de los derechos, con la finalidad de que en ningún caso pueda producirse indefensión. El respeto a la precedencia temporal de la tutela de los Tribunales ordinarios exige que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que, cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisibles ( TCo 122/1996 ).

**9212 Amparo judicial**

(Const art.53.2)

Ciertamente una de las garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas ( Const art.14 a 29 ) es el llamado amparo judicial. Se establece así una **acción procesal** ejecutable en defensa y protección de los derechos fundamentales, creando además un **procedimiento específico** caracterizado por dos notas: la preferencia y la sumariedad, o, dicho de otra forma, la protección jurisdiccional por **vía preferente y sumaria** ( Const art.53.2 ).

Con ello, se pone de relieve que el **órgano competente** para realizar la protección es un juzgado o Tribunal ordinario integrado en el Poder judicial, a diferencia de lo que sucede con el amparo constitucional, que ha de sustanciarse ante el Tribunal Constitucional.

Por eso se ha indicado que el recurso de amparo está concebido no como una vía procesal inmediata y directa, y consiguientemente como una primera instancia, para tutelar en favor de los ciudadanos los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino que se encuentra otorgado como un **recurso mediato y claramente subsidiario**, que exige agotar con antelación a su planteamiento ante esta jurisdicción constitucional una previa reclamación ante los Tribunales ordinarios ( TCo auto 34/1984 ).

### Precisiones

A pesar de estas previsiones, el **número creciente de recursos** de amparo amenazó con saturar al Tribunal Constitucional, situación que impulsó al legislador, en distintas ocasiones, a modificar la regulación de la LOTC sobre este recurso, siendo este uno de los objetivos principales de la reforma realizada a través de la LO 6/2007 .

**1. Derechos protegidos**

(Const art.53.2; LOTC art.41)

**9215** Los **derechos y libertades** susceptibles de recurso de amparo son los reconocidos en la Const art.14 a 29 , así como la objeción de conciencia ( Const art.30.2 ), actualmente sin efecto.

La **vulneración** del derecho, objeto del recurso, debe **proceder** de los poderes públicos. El recurso de amparo protege frente a violaciones originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. Así, se trata de todos los **actos de los poderes públicos**, con excepción de las normas con rango de Ley, los que pueden impugnarse a través del recurso de amparo.

La **finalidad** del recurso es restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló.

## Precisiones

La vía procesal del amparo constitucional **no es el cauce adecuado** para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre la constitucionalidad de determinado criterio de interpretación de la norma ( TCo 52/1992 ), ni para el examen de la constitucionalidad de las disposiciones generales, que solo procede en cuanto *prius* necesario para determinar si se han violado derechos fundamentales protegibles en esta vía ( TCo 167/1986 ).

### 2. Actos impugnables, plazos para recurrir y legitimación

#### 9220 Actos impugnables y plazos para recurrir

( LOTC art.42 a 44 )

Se establecen tres **vías de acceso** a la jurisdicción de amparo, esto es, la naturaleza de los actos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial que pueden dar lugar al recurso de amparo, así como los requisitos y condiciones que deben reunir.

Para cada una de estas vías se establece un plazo distinto.

## Precisiones

En lo que se refiere al **mes de agosto**, el Tribunal Constitucional ha establecido que, durante dicho periodo no corre el plazo para interponer el recurso de amparo (Acuerdo TCo Pleno 17-6-99, BOE 22-6-99).

#### 9222 Actos del poder legislativo

( LOTC art.42 )

Pueden ser recurridos en amparo los **actos emanados de las Cortes** o de cualquiera de sus órganos, o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, o de sus órganos, siempre que no tengan valor de Ley y que, presuntamente violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

Se trata en definitiva de la posibilidad de impugnar en amparo **actos típicamente parlamentarios** y que, por ser expresión *ad intra* de su autonomía como órganos constitucionales, resultan excluidos del conocimiento, verificación y control, por parte de los Tribunales, tanto de los ordinarios como del Tribunal Constitucional, a no ser que afecten a un derecho o libertad susceptible de protección a través del recurso de amparo - Const art.53.2 -, en cuyo caso, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los *interna corporis acta*, correspondiendo su examen a este Tribunal ( TCo 118/1988 ).

Además, con las expresiones «**rango**» o «**valor**» de Ley, la Constitución primero, y luego la LOTC han querido acotar un *genus* de normas, decisiones y actos, del que serían especificaciones, además de la propia Ley parlamentaria, otras fuentes en parte equiparadas a la misma por la propia Constitución, así como algunos actos, decisiones o resoluciones no identificados como tales ni en la Constitución ni en la LOTC, pero que sí gozarían de aquel «valor» o «rango», en virtud del cual no serían rescindibles ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo ( TCo auto 7/2012 ).

El **plazo** para presentar el recurso es de 3 meses, a contar desde que el acto sea firme, con arreglo a las normas internas de las cámaras y Asambleas.

## Precisiones

**1)** Los actos deben ser firmes; es preciso que hayan alcanzado **firmeza**, lo que solo sucede una vez que se hayan agotado las instancias internas parlamentarias ( TCo 136/1989 ; 125/1990 ; 334/1993 ; 121/1997 ; 27/2000 ).

**2)** El Tribunal debe declarar la **inadmisión** de los recursos de amparo dirigidos contra actos parlamentarios sin fuerza de Ley que no hayan adquirido firmeza con el agotamiento de los mecanismos internos previstas en cada caso para ello; el incumplimiento de este requisito se ha considerado causa de inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía previa ( TCo 20/2008 ).

#### 9224 Actos del poder ejecutivo

(LOTC art.43)

Pueden dar lugar al recurso de amparo las violaciones de los derechos y libertades fundamentales producidos por las **disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho** del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, una vez que se haya agotado la vía judicial procedente.

Se exige al recurrente que se le esté **aplicando de forma concreta** la actuación del poder ejecutivo en cuestión. Además, se debe haber **agotado la vía judicial** procedente, esto es, el proceso contencioso-administrativo ordinario o cualquiera de los procedimientos que existen en nuestro ordenamiento y que son los procedimientos «sumarios y preferentes» para el restablecimiento del derecho vulnerado.

El **plazo** para interponer el recurso de amparo constitucional en este supuesto es de 20 días, contados a partir de la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

## 9225 Actos del poder judicial

(LOTC art.44)

Se establecen las previsiones legales en caso de violaciones de los derechos y libertades objeto del recurso de amparo, que tuvieran su origen inmediato y directo en un **acto u omisión de un órgano judicial**.

En este supuesto se han de cumplir los **requisitos** siguientes:

**a)** Que se hayan agotado todos los **medios de impugnación** previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

**b)** Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una **acción u omisión** del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que la acción u omisión se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

**c)** Que se haya **denunciado formalmente** en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

Al ser estos requisitos esenciales para la demanda de amparo son estudiados en la parte correspondiente de **presentación de la demanda** (nº 9242 s. ).

En este supuesto, el **plazo** para interponer el recurso es de 30 días, a contar desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

### Precisiones

**1)** En relación con el **cómputo del plazo** se ha declarado que la aclaración instada contra la resolución judicial que agota la vía judicial previa debe tener el efecto de desplazar el *dies a quo* para la presentación de este recurso constitucional desde el día siguiente al de la notificación de la resolución aclaratoria, cuando la presentación del recurso de aclaración no constituya ni un abuso de derecho ni una maniobra dilatoria ( TCo 26/1989 ; 53/1991 ; 132/1999 ; 188/2006 ; 106/2006 ).

**2)** El plazo de 30 días es un plazo **perentorio**, de caducidad del derecho a recurrir, improrrogable y de imposible suspensión, comenzando al día siguiente de la fecha de notificación de la última resolución judicial recaída en el proceso previo del que deriva la impugnación formulada en sede constitucional ( TCo 104/1993 ).

## 9227 Recurso de amparo electoral

(LO 5/1985 art.49.3, 49.4 y 114.2)

Finalmente, existe el recurso de amparo electoral, que se ha instituido como un procedimiento especial para la tutela del derecho de acceso a cargos públicos de representación política a través de procesos electorales, susceptible de amparo constitucional ( Const art.23.2 y 53.2 ).

Se prevén dos **modalidades** diferentes de amparo electoral:

**a)** La primera permite impugnar las sentencias recaídas en los recursos interpuestos contra la **proclamación de candidatos y candidaturas** de las juntas electorales.

**b)** La segunda se interpone contra las resoluciones judiciales que resuelvan los procesos contencioso-electorales sobre **proclamación de electos**.

En ambos casos los amparos se sustanciarán conforme al Acuerdo TCo Pleno 20-1-00, por el que se aprueban **normas sobre tramitación** de los recursos de amparo a que se refiere la LO 5/1985 , del régimen electoral general.

Estas normas establecen los siguientes **plazos de interposición**:

**a)** Si la demanda de amparo se dirige contra los acuerdos de las juntas electorales sobre **proclamación de candidaturas y candidatos**, el plazo para su interposición es de 2 días a partir de la notificación de la resolución judicial recaída en el proceso previo ( LO 5/1985 art.47.3 y 49 ).

**b)** En el caso del amparo contra resoluciones judiciales que resuelvan los procesos contencioso-electorales sobre **proclamación de electos**, se establecen los siguientes plazos:

- 3 días para la interposición del recurso de amparo y para la personación y alegaciones de quienes hubiesen sido parte en el procedimiento judicial previo;

- 5 días para la presentación de alegaciones por el Ministerio Fiscal;

- 10 días para la resolución del recurso de amparo.

#### 9230 Legitimación

(Const art.162.1.b; LOTC art.46)

Se reconoce legitimación para recurrir en amparo al Defensor del Pueblo, al Ministerio Fiscal y a toda persona natural o jurídica que invoque un **interés legítimo**:

- en los supuestos de recurso de amparo contra **actos del poder legislativo**: la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal;
- en los casos de recurso de amparo contra **actos de los poderes ejecutivo y judicial**: quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

#### Precisiones

La relación entre Const art.162.1.b y LOTC art.46.1 ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en una reiterada doctrina constitucional que postula una **interpretación integradora** de ambos preceptos, en el sentido de entender que las fórmulas de LOTC art.46.1 complementan la de Const art.162.1.b , sin que aquellas deban considerarse limitativas o restrictivas de esta ( TCo auto 192/2010 ; 106/1984 ; 237/1997 ; 158/2002 ; 208/2009 ).

9232 El concepto de **interés legítimo**, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, concurre en toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque la violación no se haya producido directamente en su contra, ya que en tales casos los recurrentes se encuentran, respecto de los derechos fundamentales invocados, en una **situación jurídico-material** que le confiere dicho interés legítimo ( TCo auto 192/2010 ; 84/2000 ; 298/2006 ). Sin embargo, no basta con un **interés genérico** en la preservación del derecho fundamental que se estime vulnerado, sino que es necesario que el recurrente se encuentre respecto a ese derecho fundamental en una situación jurídico-material identificable con un interés en sentido propio, cualificado o específico ( TCo auto 139/1985 ; 58/2000 ; 206/2006 ; 192/2010 ; 13/2001 ; 240/2001 ).

También en relación a esta noción de interés legítimo, el Tribunal Constitucional ha admitido la legitimación para recurrir en amparo a **entes** que, sin perjuicio de no ser titulares del derecho fundamental invocado, pueden también **actuar en representación** de intereses legítimos de personas que por sí mismas tienen legitimación. Así, se ha admitido la legitimación de los **sindicatos** y de las **asociaciones** cuyo fin estatutario sea el de velar por el respeto y fomento de determinados derechos y libertades o que coincidan con los intereses profesionales de sus miembros ( TCo auto 192/2010 ; 31/1984 ; 180/1988 ; 47/1990 ) y también de los **partidos políticos** respecto de los integrantes de sus candidaturas electorales ( TCo auto 192/2010 ; 298/2006 ).

En lo relativo al ámbito parlamentario, una reiterada doctrina constitucional viene reconociendo a los **grupos parlamentarios**, en tanto que ostentan la representación institucional de los miembros de las cámaras que los integran, capacidad procesal ante el Tribunal Constitucional para defender eventuales vulneraciones de derechos fundamentales de sus miembros que tengan relación con el ejercicio de su cargo representativo ( TCo auto 192/2010 ; 81/1991 ; 177/2002 ; 298/2006 ; 361/2006 ).

#### 9233

#### Precisiones

La representación y capacidad procesal que se otorga a los **grupos parlamentarios** no constituye además ninguna excepción, sino que entra dentro de la **flexibilidad procesal** con que este Tribunal ha interpretado en todo momento la legitimación para interponer recurso de amparo, en el sentido de entender que no solo la posee la persona directamente afectada, sino también aquellos entes que representan intereses legítimos de personas que por sí mismas ostentan tal legitimación, entre los que se encuentran los referidos grupos ( TCo auto 361/2006 ).

9235	a. Demanda de amparo	9236
	b. Fase de admisión	9265
	c. Trámite de alegaciones	9270
	d. Sentencia	9275

a. Demanda de amparo

(LOTIC art.49)

9236 El procedimiento de amparo se inicia con la demanda de amparo, presentada en el registro del Tribunal Constitucional, en la que se han de exponer con claridad y concisión los **hechos** que la fundamenten, se deben citar los **preceptos constitucionales** que se estimen infringidos y se ha de fijar con precisión el **amparo que se solicita** para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

En todo caso, la demanda debe justificar la **especial trascendencia constitucional** del recurso.

La demanda está **estructurada** en los siguientes apartados: encabezamiento, hechos y fundamentos de Derecho.

Sobre el **lugar de presentación**, téngase en cuenta que específicamente para los recursos de amparo se dispone que pueden presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los Tribunales civiles de cualquier localidad - LEC art.135.5 - ( LOTC art.85.2 ; TCo 28/2011 ).

9237 Encabezamiento

En el encabezamiento de la demanda **deben hacer constar** los siguientes extremos:

- el **órgano** al que se dirige la demanda («Al Tribunal Constitucional» o «A la Sala... del Tribunal Constitucional»);
- el nombre e **identificación** del recurrente y el nombre y los apellidos del procurador y del abogado; y
- los **actos o resoluciones impugnados**, indicando la fecha y el órgano del que emanaron.

Precisiones

Cuando se impugna en amparo constitucional una **resolución judicial confirmatoria** de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquella, han de considerarse también recurridas, aunque no lo hayan sido expresamente, las precedentes decisiones confirmadas ( TCo 59/1993 ).

9239 Hechos

(LOTIC art.49.1)

Los hechos deben exponerse con claridad que debe entenderse referida no solo a la **exposición conceptual**, sino también y de modo previo a la **exposición material**, pues de poco serviría aquella si faltase esta ( TCo auto 44/1980 ).

Los hechos deben ser los **jurídicamente relevantes**, pues son estos lo que configuran la petición, aun cuando es necesario distinguir entre la **pretensión** -que el Tribunal no podría alterar- y el **argumento o razonamiento jurídico** en virtud de cuál se decide si la pretensión debe ser estimada, punto este último en el que el Tribunal no está vinculado ni por las alegaciones del actor, ni por las de las otras partes, como se desprende de la LOTC, que pone de manifiesto el destacado interés público que concurre en la tutela de los derechos fundamentales, razón por la cual establece que el Tribunal, en cualquier momento anterior a la decisión, puede comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros **motivos distintos** de los alegados con relevancia para acordar lo procedente sobre admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional - LOTC art.84 - ( TCo 65/1983 ; 17/1989 ; 184/1992 ).

9240 Fundamentos jurídico-formales

(LOTIC art.49.1)

Al ser la demanda la que fija el objeto procesal, en ella se deben reflejar de forma exhaustiva las violaciones que el acto recurrido haya podido producir en los **derechos fundamentales**.



Sin embargo, hay que tener en cuenta que, aunque la demanda delimita el objeto del proceso de amparo, no lo hace hasta el punto de impedir que el Tribunal establezca el **orden de sus pronunciamientos** según las exigencias derivadas de las peculiaridades del objeto del recurso en cada caso concreto ( TCo 160/1991 ).

Es esencial en el contenido de la demanda volver a hacer referencia a los **requisitos** exigibles para recurrir en amparo los actos de Poder judicial (nº 9225 ), pues son parte de los fundamentos jurídico-procesales de la demanda. Son los tres siguientes:

- que se hayan agotado todos los **medios de impugnación** previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial (nº 9242 );
- que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una **acción u omisión** del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional (nº 9245 );
- que se haya **denunciado formalmente** en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello (nº 9249 ).

#### 9242 Agotamiento de los medios de impugnación judicial

(LOTIC art.44.1.a)

Tal previsión trae causa del **carácter subsidiario** del recurso de amparo, correspondiendo principalmente su protección a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

La **tutela general de los derechos y libertades** corresponde a los órganos del orden judicial y, por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter y naturaleza, para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir al Tribunal Constitucional ( TCo 61/1983 ).

El recurso de amparo solo puede entablarse luego de agotarse las vías judiciales señaladas para la defensa de los derechos e intereses legítimos, pues tal requisito no es un simple formalismo, sino que cumple la importante función práctica de dar a los órganos judiciales la posibilidad de reparar las posibles vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales, que ellos, directa e indirectamente, pudieran antes haber originado, habiéndose entendido también que tales **vías judiciales** son todas las posibles que estén formalmente establecidas por las Leyes procesales para la defensa de los derechos ante la jurisdicción ordinaria, siempre que sirvan a fin pretendido de manera eficiente, garantizando el cumplimiento de los derechos constitucionalmente protegidos ( TCo auto 154/1984 ).

Se trata pues de utilizar aquellos remedios procesales que razonablemente puedan ser **conocidos y ejercitados** por los litigantes, a fin de que los órganos del Poder judicial a los que corresponde la tutela general de los derechos fundamentales puedan cumplir su función, dado el carácter subsidiario del recurso de amparo, sin exigir del ciudadano que supere unas dificultades de interpretación que excedan de lo razonable ( TCo 65/1985 ).

Sin embargo, también el Tribunal aclara que el carácter subsidiario no obliga a utilizar, en cada caso, **todos los medios de impugnación** que puedan venir previstos en el ordenamiento procesal, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles ( TCo 81/1983 ; 65/1985 ; 114/1986 ; 8/1993 ).

Por ejemplo, para considerar cumplido el requisito del agotamiento, sí resultará ineludible, la utilización del **incidente de nulidad de actuaciones**, cuando se pretenda la reparación de defectos de forma que hubieran causado indefensión o la incongruencia del fallo ( LOPJ art.241 ; TCo 284/2000 ; 28/2004 ).

La subsidiariedad impide, por tanto, la **coexistencia temporal** del amparo con otro recurso seguido en la vía judicial ordinaria ( TCo 192/2001 ; 72/2004 ; 82/2004 ; 97/2004 ; 188/2006 ).

#### 9244

##### Precisiones

1) El objeto del **incidente de nulidad** es la revisión de resoluciones que, a juicio del interesado, hayan vulnerado la tutela judicial efectiva por haber creado indefensión o ser incongruentes. Sin embargo, siempre queda la posibilidad de interponer un recurso de amparo, con lo que realmente no contribuye a la disminución de demandas presentadas ante el mismo, o al menos no de forma notoria, como ha demostrado la práctica pues, desde su creación, el número de demandas de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva no ha disminuido.

2) Tan importante es que el recurso sea utilizable, como que sirva a la finalidad constitucionalmente prevista: la tutela del derecho fundamental y la reparación de la lesión producida, esto es, que sea útil. Así, se ha establecido que debe permitirse la utilización de cuantos **recursos** se consideren **útiles** para la defensa de los intereses, incluso los de dudosa procedencia, siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria o defraudadora del carácter preclusivo y perentorio del plazo para demandar en amparo ( TCo 352/1993 ; 122/1996 ; 43/1998 ).

## 9245 Acción u omisión del órgano judicial

(LOTIC art.44.1.b)

El segundo requisito consiste en que la violación del derecho o libertad sea **imputable de modo inmediato y directo** a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que la acción u omisión se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

En este requisito encontramos dos **cuestiones** que son de naturaleza jurídico-formal y que por tanto son las que vamos a exponer a continuación, pues deben ser incluidas en la demanda:

- que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo al órgano judicial; y
- que la violación se derive de una acción u omisión del mismo.

También encontramos una última cuestión, relativa a los **hechos que dieron lugar al proceso**, en los que no entrará a conocer el Tribunal Constitucional y que al afectar al contenido de la sentencia trataremos más adelante (nº 9275 ).

### Precisiones

El amparo es el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucionalmente causadas por **vicios procesales** advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios ( TCo 72/1991 ).

9247 En primer lugar, en lo relativo a que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo al órgano judicial, es un requisito que no tiene especial trascendencia procesal. Supone una referencia directa a la LOPJ, de manera que **excluye del recurso de amparo** aquellas violaciones de derechos y libertades producidas por actos procedentes de órganos si bien similares en naturaleza a los judiciales no pertenecientes *estricto sensu* a la organización judicial del Estado (órganos de conciliación, mediación o arbitraje, Tribunal de Cuentas, órganos competentes en materia electoral, etc.).

Sin perjuicio de ello, el **indebido encauzamiento** del recurso a través de LOTIC art.44 , no siendo el acto imputable a un órgano judicial, no presenta habitualmente ninguna trascendencia, ya que los requisitos son prácticamente iguales en todas las vías previstas en la LOTIC ( TCo 112/1984 ).

En segundo lugar, en lo relativo a que la violación se derive de una **acción u omisión del órgano judicial**, se refiere a actuaciones en positivo o negativo y ello supone incorporar un criterio amplio de interpretación y favorable a la admisibilidad de la demanda. El término omisión cobra así importancia en casos tales como aquellos en los que un órgano judicial no adopte medidas para ejecutar la sentencia previamente dictada por el mismo.

En este sentido se ha atribuido la vulneración constitucional del derecho a la **omisión de jueces y Tribunales** consistente en no corregir debidamente, restableciendo los derechos conculcados, la vulneración imputable originariamente a simples particulares, si bien, para que ello sea posible será necesario, al menos, que el lesionado haya alegado directamente ante el tribunal o juez correspondiente la vulneración, dando así la posibilidad de que pueda repararse la lesión ( TCo auto 1074/1988 ).

## 9249 Denuncia formal en el curso del proceso

(LOTIC art.44.1.c)

Se exige, por último, que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, haya lugar para ello.

Este requisito conecta con el **carácter subsidiario** del recurso de amparo al que ya hemos hecho referencia, de manera que la protección del derecho se reclame tan pronto como se haya producido su vulneración.

Sin embargo, este requisito puede presentar también problemas de interpretación, sobre todo en lo que viene referido a la necesaria **identificación explícita** por parte del demandante, tanto del hecho que da lugar a la violación, como del derecho fundamental que se hubiera considerado vulnerado.

Así, se ha señalado que el cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del **precepto constitucional** en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se efectúe de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, lo que significa que ha de someterse el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, delimitando y acotando su contenido ( TCo 15/2002 ; 133/2002 ; 136/2002 ; 249/2005 ; 55/2006 ; 71/2007 ).

## 9250 Especial trascendencia constitucional

(LOTC art.49.1 y 50.1)

La exigencia de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso es un requisito previsto también como **causa de admisión o inadmisión** de la demanda.

Este requisito ha sido calificado como **requisito sustantivo o de fondo**: el recurrente ha de satisfacer necesariamente, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso ( TCo auto 188/2008 ; 289/2008 ; 290/2008 ), aunque es el Tribunal Constitucional el que debe apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa especial trascendencia constitucional ( TCo 155/2009 ; 242/2015 ).

Ha señalado el Tribunal Constitucional ( TCo 155/2009 ) que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los **supuestos** que a continuación se refieren:

- a) Cuando **no haya doctrina del Tribunal Constitucional** sobre la faceta del derecho fundamental invocado.
- b) Cuando el propio Tribunal aproveche la interposición de un concreto recurso para **variar su doctrina** (supuesto ya enunciado en TCo 70/2009 ).
- c) Cuando la violación del derecho fundamental provenga de la Ley o de otra **disposición de carácter general**.
- d) Cuando la vulneración del derecho fundamental provenga de una **reiterada interpretación jurisprudencial** de la Ley que el Tribunal Constitucional considere necesario rectificar.
- e) Cuando la doctrina del Tribunal Constitucional esté siendo **incumplida de modo general** y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias.
- f) Cuando un órgano judicial incurra en una **negativa manifiesta del deber de acatamiento** de la doctrina del Tribunal Constitucional ( LOPJ art.5 ).
- g) Cuando el asunto trascienda el caso concreto por plantearse una cuestión jurídica relevante con **repercusión social, económica o política**, como en los casos de amparo electoral o parlamentario.

#### Precisiones

**1)** Es importante, sin embargo, señalar que esta relación **no** debe ser entendida como un **elenco definitivamente cerrado** de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido ( TCo 155/2009 ).

**2)** El Tribunal ha señalado que “no existe una correlación simétrica entre la fase de admisión y la de decisión, ni mucho menos vinculación del Tribunal a que las cuestiones que dotaron de especial trascendencia constitucional al recurso se traduzcan forzosa y miméticamente en el **núcleo de la decisión** que finamente se adopte, toda vez que la estructura del razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas ante nosotros esgrimidas, u otras razones pueden impedirlo” ( TCo 9/2015 ).

#### 9252 Fundamentos jurídico-materiales (LOTC art.49.1)

En relación a los fundamentos jurídico-materiales, se trata de que la demanda contenga expresamente qué derecho o **derechos fundamentales** han sufrido una violación y que evidentemente deben ser los derechos susceptibles de ser recurridos en amparo (nº 9215 ).

En principio sería suficiente citar los **preceptos constitucionales** que se estiman infringidos, además de exponer los hechos que fundamentan la demanda y fijar el amparo que se solicita. Sin embargo, se ha señalado que ello no puede hacer olvidar que los profesionales del Derecho a quienes se les encarga la defensa del amparo constitucional ( LOTC art.81 ), deben no solo abrir la vía para que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución que se aleguen, sino también proporcionar la **fundamentación fáctica y jurídica** que razonablemente es de esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional ( TCo auto 369/1989 ; 399/1990 ; 256/1991 ; 45/1984 ; 73/1988 ).

#### Precisiones

El Tribunal Constitucional se ha negado a caer en **rigorismos formales** que no sirvan al fin del proceso constitucional, en concreto al interpretar los mínimos requisitos de presentación que se exigen a las demandas de amparo - LOTC art.49.1 - ( TCo auto 256/1991 ; 1/1981 ; 2/1981 ; 20/1981 ; 52/1982 ).

#### 9254 Petición

Es en la demanda de amparo donde, tras exponerse los hechos que la fundamentan, deben citarse los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y donde se ha de fijar con precisión y claridad **el amparo que se solicita**.

La petición es la consecuencia jurídica de todos los fundamentos anteriores y, en definitiva, lo que el demandante de amparo espera conseguir del Tribunal Constitucional. Ha reiterado el Tribunal que es el *petitum* o contenido de la pretensión expuesto en la demanda el que define y delimita el **objeto del proceso constitucional** de amparo, de manera que a tal pretensión hay que atenerse al resolver el recurso para que nuestra decisión sea congruente con dicho objeto" ( TCo 82/1995 ).

#### Precisiones

Entre los requisitos de la LOTIC art.49.1 , que en ningún caso representan meros formalismos, sino que se justifican en cuanto tienden a proporcionar los **elementos necesarios** para la formulación del juicio que corresponde hacer al Tribunal Constitucional, se encuentra la fijación precisa del amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o la libertad que se considere vulnerado. Así se ha señalado que con ello se trata de asegurar la válida configuración del *petitum* o contenido de la pretensión, de suerte que, una vez fijado el objeto y ámbito del conocimiento procesal en el recurso de amparo, la eventual resolución sea congruente con aquel en los términos de los pronunciamientos posibles que señala LOTIC art.53 y 55 ( TCo 167/1987 ).

**9255** La petición está íntimamente **ligada a la admisión de la demanda** y, en su caso, al supuesto de estimación de la misma. Su interés -y su esencialidad- estriba en que la demanda es el acto de parte que abre el proceso de amparo, incorpora la pretensión, y solo configurada la misma puede el Tribunal decidir acerca de su admisión y, si la admisión procede, acerca del alcance, con otros efectos, del juicio que se proyecta en la sentencia ( TCo auto 225/1983 ).

No tiene por qué ser una petición única, sino un **suplico** en el que se recojan diversas peticiones, señalando en este caso la conexión entre ambas.

#### Precisiones

Sobre el supuesto en que se realicen **varias peticiones**, el Tribunal Constitucional ha declarado lo siguiente: «La presente demanda de amparo acoge una dualidad de peticiones entrelazadas de tal modo que la segunda ha de entenderse formulada de forma subsidiaria ante la eventualidad de que la principal sea desestimada. Esta dualidad de objeto se infiere no solo y como es obligado esperar del contenido del suplico sino además de las alegaciones jurídicas en las que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se basa en dos cauces que fundamentan una y otra petición: la principal y la subsidiaria» ( TCo 172/1985 ).

**9257 Documentación**  
(LOTIC art.49.2)

Junto a la demanda se han de presentar los siguientes **documentos**:

**a)** El documento que acredite la **representación** del solicitante del amparo.

**b)** En su caso, la copia, traslado o **certificación de la resolución** recaída en el procedimiento judicial o administrativo.

**9259 Medidas cautelares**  
(LOTIC art.56 a 58 )

La sala o la sección pueden adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad, aunque lo habitual es que se solicite la **suspensión del acto o sentencia** impugnados ( LOTIC art.56.3 ).

La **interposición del recurso** no suspende los efectos del acto o sentencia impugnados. No obstante, cuando su ejecución produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la sala, o la sección pueden disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos.

La suspensión solo **puede acordarse** cuando no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

La **solicitud puede realizarse** en cualquier momento, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo.

Si así se hace el **incidente de suspensión** se sustancia con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por un plazo común que no puede exceder de 3 días y con el informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la sala o la sección lo considera necesario. Aún en este supuesto el Tribunal puede condicionar la denegación de la suspensión en el caso de que pudiera seguirse perturbación grave de los derechos de un tercero, a la constitución de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios que pudieran originarse ( LOTC art.56.5 ).

Finalmente se prevé que, en **supuestos de urgencia excepcional**, la adopción de la suspensión y de las medidas cautelares y provisionales puede efectuarse en la resolución de la admisión a trámite. Dicha adopción puede ser impugnada en el plazo de 5 días desde su notificación, por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas. La sala o la sección ha de resolver el incidente mediante auto no susceptible de recurso alguno ( LOTC art.56.6 ).

9260

#### Precisiones

Se ha venido entendiendo que, cuando el amparo constitucional se solicita respecto de **resoluciones judiciales firmes**, la suspensión de su ejecución entraña siempre en sí misma una perturbación de la función jurisdiccional, que comprende la potestad de hacer ejecutar lo juzgado ( Const art.117.3 ), a la vez que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de las demás partes procesales, quienes se ven privadas de la efectividad del pronunciamiento favorable a sus pretensiones ( TCo auto 64/2009 ).

Por ello, la adopción de la suspensión como medida cautelar resulta pertinente solo cuando la ejecución del fallo cause al solicitante de amparo un **perjuicio irreparable** en los derechos fundamentales invocados en el proceso constitucional ( TCo auto 243/2000 ; 251/2000 ; 63/2001 ; 170/2001 ; 348/2007 ; 64/2009 ) y siempre que no ocasione **perturbación grave** a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona ( TCo auto 64/2009 ).

Se entiende por **perjuicio irreparable** aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración ( TCo auto 220/2008 ).

La suspensión del acto por parte del Tribunal es desde el punto de vista procesal como una medida cautelar, que cumple una función de equilibrio entre el poder y la libertad, conectándose directa e inmediatamente a la **garantía de la efectividad de la tutela judicial** ( Const art.24 ). En efecto, el soporte de tal medida consiste en el riesgo o la certeza de que la ejecución ocasionará un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad, convirtiendo así una eventual sentencia favorable en una mera declaración de buenos propósitos, desprovista de eficacia práctica. La suspensión preventiva del acto o disposición objeto del proceso de amparo exige una delicada ponderación de los **intereses generales o derechos fundamentales de terceros**, cuya perturbación grave o lesión actúa como límite de la medida cautelar y el interés particular del demandante en amparo. En tal aspecto es el potencial perjudicado quien ha de justificarlo ( TCo auto 7/2001 ).

#### b. Fase de admisión

(LOTC art.50)

9265 El recurso de amparo, tras su presentación en el registro del Tribunal Constitucional es objeto de una decisión de **admisión a trámite**, que confirme la sujeción del recurso a las disposiciones de la propia LOTC.

La sección correspondiente, por unanimidad de sus miembros, debe acordar la admisión, mediante providencia, cuando concurren todos los siguientes **requisitos**:

**a)** Que la **demanda** cumpla con lo dispuesto en LOTC art.41 a 46 y 49 .

**b)** Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su **especial trascendencia constitucional**, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales ( TCo 155/2009 ).

La especial trascendencia constitucional (nº 9250 ), debe ser **alegada en la demanda** por el recurrente de amparo, pues la falta de tal alegación supone un requisito insubsanable ( TCo 188/2008 ). Consecuentemente, el examen de admisión realizado por el Tribunal consistirá, materialmente, en la comprobación en las **alegaciones del recurrente** de la existencia de relevancia constitucional en el recurso ( TCo 188/2008 ).

9267 Si la admisión del recurso **no alcanza la unanimidad** en la sección se debe dar traslado a la sala respectiva para su resolución.

Por último, se regula la **notificación de las providencias de inadmisión**. Estas providencias solamente pueden ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal. El plazo para la súplica es de 3 días. Este recurso se resuelve mediante auto, que no puede ser impugnado.

También se prevé el supuesto en que la demanda de amparo presente **defectos de naturaleza subsanable**. En estos casos se establece un plazo de 10 días para la subsanación de los defectos. Si no se produce la subsanación dentro del plazo fijado, la sección debe acordar la inadmisión mediante providencia, contra la cual tampoco cabe recurso alguno ( LOTC art.49.4 ).

### c. Trámite de alegaciones

(LOTC art.51)

**9270** Una vez admitida la demanda de amparo, se debe realizar el **requerimiento para el envío de actuaciones**: la sala debe requerir con carácter urgente al órgano o a la autoridad de que dimana la decisión, el acto o el hecho, o al juez o tribunal que conoció del procedimiento precedente para que, en plazo que no puede exceder de 10 días, remita las actuaciones o testimonio de ellas.

El requerimiento para el envío de actuaciones procede, por tanto, en el momento en que haya sido **admitida la demanda** de amparo, lo que es coherente con la exigencia de acompañar a la demanda copia de la resolución recaída - LOTC art.49.2.b - ( TCo auto 728/1985 ).

Esto no quiere decir que el Tribunal no haga uso de la **facultad de recabar** de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional. Si el recurso hubiera sido ya admitido, el Tribunal habilitará un plazo para que el expediente, la información o los documentos puedan ser conocidos por las partes para que estas aleguen lo que a su derecho convenga ( LOTC art.88.1 ).

### d. Sentencia

(LOTC art.53 a 55 )

**9275** La sala, o la sección, al conocer del fondo del asunto, debe pronunciar en su sentencia alguno de estos **fallos** ( LOTC art.53 ):

- otorgamiento de amparo; o
- denegación de amparo.

Las **sentencias estimatorias** han de contener alguno o algunos de los **pronunciamientos** siguientes ( LOTC art.55 ):

a) **Declaración de nulidad** de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos -en este caso, puede el Tribunal declarar ilegal una disposición reglamentaria ( TCo 61/1990 )-.

b) **Reconocimiento del derecho o libertad** pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) **Restablecimiento del recurrente** en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

#### Precisiones

En estos casos, los pronunciamientos hacen referencia a **«otorgar» o «estimar» el amparo**, aunque el fallo no tiene por qué contener todos y cada uno de los pronunciamientos relacionados en el mismo, sino que basta que contenga alguno de ellos ( TCo 83/1982 ). Lo que sí corresponde al Tribunal es establecer, de manera flexible, cuál o cuáles son sus decisiones: se permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en función no solo de las propias exigencias del derecho afectado, sino también de la necesaria preservación de otros derechos o valores merecedores de protección - LOTC art.55.1 - ( TCo 136/1989 ).

**9277** En relación con el pronunciamiento de **nulidad de un acto**, se ha indicado que el alcance de los pronunciamientos de la sentencia que conceda el amparo según LOTC art.55.1.a) , y tenga que declarar la nulidad de una resolución judicial, por haberse impedido el pleno ejercicio de derechos y libertades protegidos por la Constitución, debe estar sometido al principio de la **máxima conservación de las actuaciones** procesales y de la mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas, en cuanto sea compatible con la tutela del derecho fundamental violado, ya que los efectos de la declaración deben ser los absolutamente necesarios, sin extensiones no exigidas, que perjudiquen el procedimiento seguido, y los derechos y obligaciones de personas sin relación directa con tal tutela ( TCo 4/1982 ).

También existen supuestos en los que el Tribunal se limita al **reconocimiento del derecho**, sin que se contengan otros pronunciamientos, en cuyo caso no cabe la adopción de medidas de restablecimiento del derecho vulnerado ( TCo 205/1990 ).

En otras ocasiones, el Tribunal además de determinar la nulidad del acto y el reconocimiento del Derecho señala las **medidas a adoptar** para el restablecimiento de la integridad del derecho o libertad, lo que puede suponer:

- que se retraigan las **actuaciones judiciales** al momento en que debe celebrarse el juicio ( TCo 19/1993 );
- otorgar un plazo para la **subsanción del daño** ( TCo 172/1985 );
- adoptar otras **medidas compensatorias** que conlleven el restablecimiento del derecho ( TCo 23/1981 ).

En lo que se refiere a las medidas compensatorias, son competentes para resolver sobre las peticiones de **indemnización de los daños causados** como consecuencia de la concesión o denegación de la suspensión los jueces o Tribunales, a cuya disposición se pondrán las fianzas constituidas ( LOTC art.58.1 ). Este es el sentido que ha sido recogido por la jurisprudencia al indicar que el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para ello, dado que la indemnización que se pide tiende a conseguir el resarcimiento, la compensación o la reparación con carácter sustitutorio. Por tanto, no aparece comprendida entre los pronunciamientos que pueden y deben en su caso contener las sentencias de amparo y su declaración se defiende a la jurisdicción ordinaria en un caso particular cuya *ratio* o razón de ser es extensible a la entera institución ( TCo 85/1990 ; 139/1990 ; 109/1997 ).

9279 El Tribunal Constitucional ha **otorgado** el **amparo** cuando al revisar el *quantum* indemnizatorio, el Tribunal Supremo, en cumplimiento de una sentencia del Tribunal Constitucional, ha procedido a fijar una **indemnización meramente simbólica**, que vacía de contenido y eficacia aquellos derechos fundamentales reconocidos ( TCo 300/2006 ).

En este punto, debe recordarse que los órganos judiciales están **obligados al cumplimiento** de lo que el Tribunal Constitucional resuelva, no pudiendo, en consecuencia, desatender lo declarado y decidido por el mismo ( LOTC art.87.1 ; LOPJ art.5.1 ). En algunas ocasiones el cumplimiento por el órgano judicial de una sentencia del Tribunal Constitucional puede requerir una **interpretación del alcance** de la misma, a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto en ella y adoptar, en consecuencia, las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido frente a la violación de la que fue objeto. Pero semejante consideración y aplicación por el órgano judicial no puede llevar, sin embargo, como es claro, ni a contrariar lo establecido en ella ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia de la situación jurídica subjetiva allí declarada ( TCo 159/1987 ; 227/2001 ; 153/2004 ; 300/2006 ; TCo auto 134/1992 ; 220/2000 ; 19/2001 ).

En el **fallo**, el Tribunal Constitucional debe limitar su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales ( LOTC art.54 ; TCo auto 836/1986 ), puesto que, como se ha señalado, el Tribunal Constitucional no debe entrar a conocer acerca de los hechos que dieron lugar al proceso.

Finalmente, en lo que se refiere a los **efectos de las sentencias** de amparo cabe destacar el previsto en LOTC art.55.2 : en el supuesto de que el recurso de amparo deba ser estimado porque, a juicio de la sala o, en su caso, la sección, la Ley o norma con rango de Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se debe elevar la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en LOTC art.35 s.

Solo en el caso de que la lesión del derecho fundamental por los poderes públicos sea la consecuencia de la aplicación de una Ley o norma con rango de Ley que menoscaba aquel derecho, y una vez estimado el recurso de amparo por tal motivo, la sala elevará la cuestión al Pleno ( TCo 113/1987 ) con objeto de que se sustancie por el procedimiento propio de las **cuestiones de inconstitucionalidad** (nº 9180 s. ) y proceda, en su caso, a declarar la inconstitucionalidad de la Ley o norma con rango de Ley en **nueva sentencia** vinculante para todos los poderes públicos, con el valor de cosa juzgada y los efectos generales - LOTC art.38 - ( TCo 65/1983 ).

Se trata de la denominada **autocuestión de inconstitucionalidad** que debe ser excepcional, puesto que el recurso de amparo no está concebido como un procedimiento de la jurisdicción constitucional para el control directo y abstracto de la constitucionalidad de una Ley o norma con rango de Ley por presunta violación en la misma de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas, sino como un remedio para reparar las lesiones que en tales derechos y libertades se hayan efectivamente producido por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos.

### C. Conflictos constitucionales

(Const art.161.1.c; LOTC art.59 a 75 quinquies y disp.adic.5ª.3)

9290 Es competencia del Tribunal Constitucional dirimir los **conflictos de competencia** entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de estas entre sí ( Const art.161.1.c ). El desarrollo legislativo de este mandato constitucional ha dado lugar a la LOTC Título IV, dedicado a lo que denomina «conflictos constitucionales» que son conflictos suscitados en materia de competencias asignadas directamente por la Constitución, los estatutos de autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias ( LOTC art.59 ) y que opongan:

- al **Estado** con una o más **comunidades autónomas**;
- a dos o más **comunidades autónomas entre sí**; o

- al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos **órganos constitucionales** entre sí.

Además, se otorga al Tribunal Constitucional competencia para conocer los conflictos en **defensa de la autonomía local** que planteen los municipios y provincias frente al Estado o a una comunidad autónoma.

### 1. Conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas o de estas entre sí

(Const art.161.1.c; LOTC art.59 a 72 )

#### 9295 Se contemplan, en este ámbito, dos **tipos de procesos**:

- conflictos positivos de competencia (nº 9297 ); y
- conflictos negativos de competencia (nº 9302 ).

Pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos de competencia las disposiciones, **resoluciones y actos** emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las comunidades autónomas o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos ( LOTC art.61.1 ).

#### a. Conflictos positivos de competencia

9297 La **finalidad** del conflicto positivo de competencias es determinar el titular de las competencias cuando con motivo de una **disposición, resolución o acto** se entiende que uno de sus titulares invade el ámbito competencial de otro, pues si el conflicto se produce por **normas con rango de Ley** que supuestamente vulneran la distribución competencial establecida en la Constitución o el «bloque de constitucionalidad», el Tribunal Constitucional debe resolverlo a través de los procedimientos de inconstitucionalidad (nº 9145 s. ) previstos para las normas con rango de Ley ( TCo 49/1984 ).

El Tribunal ha reservado la vía del conflicto positivo a **actos** o disposiciones **sin valor de Ley**, con el fin de separarla del recurso de inconstitucionalidad (nº 9150 s. ). No pueden llevarse al conflicto constitucional pretensiones que, aun teniendo un fundamento competencial, recaigan sobre normas con rango de Ley. Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencia se tramitará desde un inicio en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad ( TCo 49/1984 ).

#### Precisiones

Por eso, el **objeto** y los **límites** del conflicto positivo de competencia se han interpretado con un criterio amplio, comprensivo no solo de los supuestos que cabría calificar como normales, en los que el ente que plantea el conflicto ejerce una verdadera *vindicatio potestatis* por considerarse despojado de una competencia que le corresponde, sino también de aquellos otros supuestos en los que no se reivindica *stricto sensu* una competencia como propia, sino que se pretende la **anulación del acto o disposición** objeto del conflicto porque no ha respetado el orden de competencias establecido, en menoscabo de las que corresponden al ente que promueve el conflicto ( TCo auto 886/1988 ; 11/1984 ; 1/1986 ; 6/2012 ).

#### 9299 Legitimación (LOTC art.60)

Sobre la legitimación para instar los conflictos positivos se dispone que los conflictos de competencia que opongan al Estado con una comunidad autónoma o a estas entre sí, pueden ser suscitados por el **Gobierno** o por los órganos colegiados ejecutivos de las **comunidades autónomas**, siempre que el acto al que se refiere afecte a su propio ámbito ( LOTC art. 63.1 ).

#### 9300 Procedimiento (LOTC art.62 a 66 )

La **presentación del conflicto** ante el Tribunal Constitucional difiere si se realiza por el Gobierno o por los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas.

Cuando el **Gobierno** considere que una disposición o resolución de una comunidad autónoma no respeta el orden de competencia establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía o en las leyes orgánicas correspondientes, puede formalizar directamente ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de 2 meses, el conflicto de competencia, o hacer uso del previo requerimiento de incompetencia, todo ello sin perjuicio de la impugnación de las resoluciones o disposiciones adoptadas - Const art.161.2 - ( LOTC art.62 ).



Por el contrario, cuando el órgano ejecutivo superior de una **comunidad autónoma** considere que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía o en las leyes correspondientes y siempre que afecte a su propio ámbito, no puede formalizar directamente el conflicto ante el Tribunal Constitucional, sino que necesariamente tiene que requerir a aquella o a este para que sea derogada la disposición o anulados la resolución o el acto en cuestión ( LOTC art. 63.1 ).

En consecuencia, el **requerimiento de incompetencia** es un trámite obligado para el órgano ejecutivo de la comunidad autónoma, pero tiene carácter potestativo para el Gobierno, puesto que se autoriza la presentación del conflicto directamente ante el Tribunal.

El requerimiento se debe formular en el **plazo** de los 2 meses siguientes al día de la publicación o comunicación de la disposición, resolución o acto que se entiendan viciados de incompetencia, o con motivo de un acto concreto de aplicación y se **dirigirá** directamente al Gobierno o al órgano ejecutivo superior de la otra comunidad autónoma, dando cuenta igualmente al Gobierno en este caso ( LOTC art.63.2 ).

Cuando el órgano requerido **estima fundado** el requerimiento, debe atenderlo, en el plazo máximo de un mes a partir de su recepción. Si **no lo estima fundado**, debe igualmente rechazarlo dentro del mismo plazo, a cuyo término se entenderán en todo caso rechazados los requerimientos no atendidos ( LOTC art.63.4 ).

Tras el planteamiento del conflicto ante el Tribunal Constitucional, el órgano que ha iniciado el conflicto es requerido para que, en el plazo de 10 días, presente las **alegaciones** pertinentes ( LOTC art.64 ).

Si el Gobierno impugna las resoluciones o disposiciones adoptadas -nº 9320 -, el Tribunal Constitucional debe suspender la vigencia de las mismas. En los demás casos, el Tribunal Constitucional debe decidir libremente sobre la suspensión.

La **sentencia** debe declarar la titularidad de la competencia controvertida y, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estén viciados de competencia ( LOTC art.66 ).

#### b. Conflictos negativos de competencia

**9302** Son los surgidos cuando un órgano de la Administración del Estado **declina su competencia** para resolver cualquier pretensión deducida ante el mismo por persona física o jurídica, al entender que la competencia corresponde a una comunidad autónoma.

En este caso, el conflicto se produce por una «omisión», expresión que puede designar dos **situaciones** distintas:

- a) Negativa **del Estado y de una comunidad autónoma** a producir la disposición o acto solicitado sucesivamente por una persona física o jurídica. Una negativa que, al menos, la primera de las Administraciones solicitadas ha de fundar precisamente en la afirmación de que la actuación que de ella se solicita es competencia del ente al que el solicitante se dirige en segundo lugar.
- b) Negativa **de una comunidad autónoma** a la producción de un acto, resolución o disposición tras haber sido requerida para ello por el Gobierno.

#### **9304** Legitimación (LOTC art.60)

En el conflicto negativo, la legitimación para recurrir se amplía a las personas físicas o jurídicas interesadas.

#### **9305** Procedimiento (LOTC art.68 a 72 )

Advertimos anteriormente que la denominación «conflictos negativos» cubre dos **formas procesales** muy distintas, que se corresponden con las dos formas de «omisión»: la que se produce frente al administrado y la que se origina por la resistencia de una comunidad autónoma a llevar a cabo la actuación que el Estado pide de ella.

Ello implica la concurrencia de dos **presupuestos**:

- que se haya obtenido de las Administraciones implicadas sendas resoluciones negativas o declinatorias de competencias;
- que dicha negativa se funde en una diferente interpretación de las normas de distribución de competencias que componen el bloque de la constitucionalidad - LOTC art.69.2 - ( TCo 156/1990 ).

Para que un conflicto negativo pueda ser planteado, es preciso que se cumpla con una **doble exigencia** ( TCo 156/1990 ; 37/1992 ; 300/1993 ; 192/1998 ; auto 142/1989 ; 322/1989 ; 357/1990 ; 268/1994 ; 303/1994 ):

1. Que la persona física o jurídica que acude a este Tribunal haya obtenido, en las condiciones y plazos que señala la LOTC art.68 , sendas **resoluciones declinatorias** de la competencia por parte de las Administraciones implicadas (que en el caso de la Administración requerida en segundo lugar puede consistir en el simple silencio);
2. Que dichas negativas se basen, precisamente, en una **diferencia de interpretación** de preceptos constitucionales o de los estatutos de autonomía o de leyes orgánicas y ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las comunidades autónomas ( LOTC art.69.2 ).

#### Precisiones

Con la configuración legal de este cauce procesal se pretende vedar el acceso al Tribunal Constitucional de pretensiones que hayan sido desatendidas por **razones no competenciales** o por controversias que, aun siendo de naturaleza competencial, no son, sin embargo, propias de la jurisdicción del Tribunal Constitucional ( TCo auto 322/1989 ).

- 9307 En el caso de los **conflictos instados por el administrado**, la legitimación corresponde a una persona física o jurídica perjudicada por el enfrentamiento entre el Estado y una o varias comunidades autónomas. Es este perjudicado el que, tras solicitar en vano a la Administración que aquella otra a la que se dirigió inicialmente le había indicado como competente, puede dirigirse al Tribunal Constitucional.

Si el Tribunal Constitucional entiende que la negativa de las Administraciones implicadas se basa en una **diferencia de interpretación** de preceptos constitucionales o de los estatutos de autonomía o de leyes orgánicas u ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las comunidades autónomas debe declarar, mediante auto, planteado el conflicto, conforme a el procedimiento y los plazos establecidos en LOTC art.69.2 y 70 .

En el caso de los **conflictos instados por el Gobierno**, el planteamiento del conflicto es semejante: El Gobierno puede plantear conflicto de competencias negativo cuando habiendo requerido al órgano ejecutivo superior de una comunidad autónoma para que ejercite las atribuciones propias de la competencia que a la comunidad confieran sus propios estatutos o una ley orgánica de delegación o transferencia, sea desatendido su requerimiento por declararse incompetente el órgano requerido ( LOTC art.71.1 ).

No se prevén, sin embargo, cauces procesales para posibles conflictos por omisión **a instancia de una comunidad autónoma**, y el Tribunal Constitucional ha sostenido que este tipo de controversias carecen de asiento en los conflictos positivos.

- 9309 Las dos formas de conflicto negativo que incluye la LOTC presentan la lógica diferencia en la legitimación, lo que permite prever que el **alcance de la decisión** que tome el Tribunal Constitucional será distinto. Así, mientras que, en los casos de la legitimación de personas físicas o jurídicas, el objeto del conflicto consiste en evitar que un órgano de la Administración se inhiba, en los casos de conflicto negativo en los que se legitima al Gobierno a actuar contra la inactividad de una comunidad autónoma se garantiza el correcto ejercicio de la distribución de competencias.

La sentencia que resuelve el conflicto **a instancia del administrado** debe declarar cual es la Administración competente ( LOTC art.70.1 ).

En el caso del procedimiento de los conflictos negativos **instados por el Gobierno**, se debe plantear el asunto al Tribunal Constitucional dentro del mes siguiente al día en el que se haya rechazado el requerimiento por parte de la comunidad autónoma ( LOTC art.72.1 y 2 ).

La **sentencia** ha de contener alguno de los dos requerimientos siguientes ( LOTC art.72.3 ):

- la declaración de que la comunidad autónoma debe ejercitar la atribución requerida; o
- la declaración de que el requerimiento es improcedente.

## 2. Conflictos entre órganos constitucionales del Estado

(LOTC art.59 y 73 a 75 )

- 9310 Es este el supuesto de que el conflicto se plantea entre el Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado, el Consejo General del Poder Judicial o entre cualquiera de estos órganos entre sí.

Es una enumeración de los **órganos constitucionales** que responde al concepto tradicional de separación de poderes, pero que olvida otros órganos reconocidos por la Constitución como el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas. Hasta la fecha han tenido poca relevancia, pues solo se han dictado tres sentencias: TCo 45/1986 ; 234/2000 ; 34/2018.

La **competencia** para interponer el conflicto corresponde a los respectivos plenos de los sujetos legitimados. El conflicto se instará cuando un órgano constitucional estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las leyes orgánicas confieren al primero, este se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque ( LOTC art.73.1 ).

Tiene por principal **objeto** una vindicación de competencia suscitada por uno de estos órganos constitucionales a consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional y pretende, agotado el trámite previo de solicitud de revocación, que se determine el órgano al que corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y que, en consecuencia y, en su caso, se declaren nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y se resuelva lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de las mismas ( TCo 45/1986 )

9312 Se señala, como **requisito previo** al conflicto, la notificación al órgano que supuestamente ha asumido atribuciones que no le competen, de modo que solo en el supuesto de que este órgano afirmara que actúa dentro de sus atribuciones o no rectifique en el plazo establecido, puede instarse el conflicto ( LOTC art.73.2 ).

El conflicto **se presenta** mediante escrito en el que se han de especificar los preceptos que se consideran vulnerados y formularse las alegaciones que se estimen oportunas, adjuntando la documentación que señala la LOTC art.73.2 .

Recibida la demanda, el Tribunal debe emplazar, para presentar las **alegaciones** que estimen pertinentes, tanto al órgano constitucional demandado como a los demás órganos legitimados para plantear este tipo de conflictos, los cuales pueden comparecer en el procedimiento, en apoyo del demandante o del demandado, si entendieren que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones. Todo ello conforme al procedimiento establecido en la LOTC art.74 .

La **sentencia** del Tribunal debe determinar a qué órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y, en consecuencia, ha de declarar nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones, y resolver, en su caso, lo que proceda sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos ( LOTC art.75.2 ).

### 3. Conflictos en defensa de la autonomía local

---

9315 El conflicto en defensa de la autonomía local solo puede ser promovido frente a normas legales con base en un **único motivo de inconstitucionalidad**, la lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada. En consecuencia, no pueden alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales ( TCo 240/2006 ).

Pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las **normas del Estado** con rango de Ley o las **disposiciones de las comunidades autónomas**, también con rango de Ley, que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada ( LOTC art.75 bis ).

Se trata, por tanto, de recurrir Leyes presuntamente inconstitucionales, lo que convierte este «conflicto» en una **forma de control de la constitucionalidad** de las Leyes, pues a pesar de las diferencias entre los procesos de control de la constitucionalidad (recurso y cuestión) y el conflicto en defensa de la autonomía local, ambos procesos pueden desembocar en la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley.

#### Precisiones

La **autonomía local** está constitucionalmente garantizada, aun cuando hasta la LO 7/1999 no existían cauces directos para el acceso al Tribunal Constitucional en caso de vulneración ( Const art.137 ).

El interés por el respeto a la autonomía de los entes locales y la garantía democrática de su gobierno encontraron respuesta en la **Carta Europea de Autonomía Local**. Este ambiente de interés se tradujo en la regulación de un nuevo conflicto en sede constitucional para la defensa de la autonomía constitucionalmente garantizada.

9317 La **legitimación** activa para plantear el conflicto en defensa de la autonomía local se reserva específicamente a determinados entes locales como son los municipios y provincias ( TCo 240/2006 ). Más concretamente, corresponde a ( LOTC art.75 ter ):

a) El **municipio o provincia** que sea destinatario único de la Ley.

b) Un **número de municipios** que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de Ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.

c) Un **número de provincias** que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de Ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.

9319 Planteado el conflicto, el Tribunal Constitucional puede acordar, mediante auto motivado, la **inadmisión** del mismo por falta de legitimación u otros requisitos exigibles y no subsanables o bien cuando estime notoriamente infundado el conflicto planteado (así lo ha hecho en TCo auto 419/2003 ; 360/2005 ; 361/2005 ; 362/2005 ; 363/2005 ; 322/2007 ; 251/2009 ; 9/2013 ).

Una vez **admitido a trámite** el conflicto, en el término de 10 días, el Tribunal debe dar traslado del mismo a los órganos legislativo y ejecutivo de la comunidad autónoma de quien hubiese emanado la Ley y, en todo caso, a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado. Todo ello para la personación y la formulación de **alegaciones**, que se realizarán en el plazo de 20 días ( LOTC art.75 quinquies ).

Las mayores objeciones al conflicto en defensa de la autonomía local proceden de los mecanismos arbitrados para la resolución del conflicto, ya que se prevé la posibilidad de una **doble sentencia**. La primera debe declarar si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolver, en su caso, lo que proceda sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local.

Tras esta primera sentencia, el Pleno puede presentar una **autocuestión**, con el objeto de determinar la constitucionalidad de Ley y, tras el enjuiciamiento constitucional, dictar, en su caso, la nulidad de los preceptos que resulten inconstitucionales.

## D. Impugnación de disposiciones y resoluciones de las comunidades autónomas

(Const art.161.2; LOTC art.76 y 77 )

9320 La Constitución otorga al Tribunal Constitucional un control sobre las disposiciones y resoluciones de las comunidades autónomas, que solo se puede ejercer a instancia del Gobierno de la Nación. El **Gobierno** puede impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas.

Una reflexión sobre estas disposiciones sugiere una oposición al propio marco constitucional, ya que se otorga al Gobierno iniciativa para un **proceso extraordinario** ante el Tribunal, frente a la producción normativa de las comunidades autónomas. Esto es así puesto que, si la supuesta vulneración constitucional de una disposición autonómica procede de una **norma con rango de Ley**, el control debe realizarse a través de los procedimientos de inconstitucionalidad. En cuanto al sometimiento a la Constitución y a la Ley de las **normas de rango inferior**, emanadas de las comunidades autónomas corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa ( Const art.153 ). Por ello, esta vía debe ser considerada excepcional, solo utilizable, cuando se trate de normas que afecten a los **límites de la autonomía**.

El **plazo** para la **impugnación** es de 2 meses desde la fecha de publicación de la disposición o resolución o, en su defecto, desde que llegue a conocimiento del Gobierno.

La impugnación se formula y substancia por el **procedimiento** previsto para los conflictos positivos, y produce la **suspensión** de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, debe ratificarla o levantarla en un plazo no superior a 5 meses ( Const art.161.2 ).

## E. Control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales

(Const art.95)

9325 La Constitución prevé la contingencia de adopción de un tratado que despierte dudas acerca de la conformidad de sus preceptos con el contenido constitucional: La celebración de un tratado internacional que contenga **estipulaciones contrarias a la Constitución** exige la previa revisión constitucional ( Const art.95.1 ).

Mediante esta vía se atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la **seguridad y estabilidad** de los compromisos a contraer por España en el orden internacional ( TCo Declaración del Pleno 1/1992, 1-7-92 ).

En cualquier caso, su existencia como control previo, no excluye su **control a posteriori** a través del recurso de inconstitucionalidad (nº 9150 s. ).

Como intérprete supremo de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional dictaminar «si existe o no» contradicción entre la Constitución y el tratado que se pretende celebrar, aunque recae sobre el Gobierno y cualquiera de las cámaras la **legitimación** para iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional ( Const art.95.2 ).

Lógicamente, el **requerimiento** ha de hacerse con anterioridad a la celebración del tratado, es decir cuando se trate de un texto definitivamente fijado, pero al que no se hubiera presentado aún el consentimiento del Estado: el Gobierno o cualquiera de ambas cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera

ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado ( LOTC art.78.1 ). Ni la Constitución ni la LOTC señalan **plazo**.

9327 En lo referente a la **legitimación del Gobierno**, no se señala ninguna fórmula especial. En cuanto a la **legitimación del Congreso**, se debe solicitar el requerimiento a iniciativa de dos grupos parlamentarios o una quinta parte de los diputados ( Rgto Congreso art.175.1 ) y la presentación supone que la tramitación del tratado o convenio se interrumpe y solo puede reanudarse si el criterio del Tribunal es favorable a la constitucionalidad de las estipulaciones contenidas en aquel ( Rgto Congreso art.175.2 ).

En el caso de la **legitimación del Senado**, se puede solicitar requerimiento a iniciativa de un grupo parlamentario o de 25 senadores, y también se señala que se suspenderá la tramitación del tratado o convenio hasta la decisión del Tribunal ( Rgto Senado art.147 ).

En cuanto al **procedimiento** exigido para la tramitación de la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales en el seno del Tribunal Constitucional, debe tenerse en cuenta lo establecido en la LOTC art.78.2 y 3 .

La **declaración del Tribunal Constitucional** es vinculante para los órganos constitucionales afectados por la decisión ( LOTC art.78.2 ). Lo que se solicita del Tribunal Constitucional es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho, y dicha resolución posee los efectos materiales de la **cosa juzgada** ( TCo Declaración Pleno 1/1992, 1-7-92 ).

## F. Recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y contra propuestas de reforma de estatutos de autonomía

(Const art.95; LOTC art.79)

9330 Inicialmente, la fórmula del recurso previo de inconstitucionalidad más allá de la previsión contenida en la Const art.95 para los Tratados Internacionales, se recogía en la LOTC art.79, tanto contra proyectos de estatutos de autonomía como contra leyes orgánicas.

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, incluso con motivo de la impugnación de la LO 4/1985 que procedió a la **supresión** del recurso previo de inconstitucionalidad contra estatutos de autonomía y leyes orgánicas.

Diferenciando los **efectos** de la sentencia recaída por un **recurso de inconstitucionalidad** con respecto a la sentencia recaída con motivo de un **recurso previo** el Tribunal señalaba: «El lugar privilegiado que en la economía general de nuestra Constitución ocupan los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se consagran, está fuera de toda duda. De ello resulta no solo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad, tantas veces proclamada por este Tribunal, de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido. De este «mayor valor» no cabe deducir, sin embargo, la «exigencia constitucional implícita» de una institución que, como la del recurso previo, no está destinada a asegurar la protección judicial de los ciudadanos que se sientan efectivamente lesionados en sus derechos fundamentales, sino a resolver en esta jurisdicción las **diferencias existentes entre órganos constitucionales** (o partes de ellos) en cuanto a la interpretación de los preceptos constitucionales, ampliando así, no contra la Constitución, pero sí al margen de ella, el ámbito del recurso de inconstitucionalidad que esta instauró ( Const art.161.1 a y 162.1.a ).

Si, como hemos declarado ( TCo 42/1982, fundamento 3 ) la consagración constitucional de un derecho no es bastante para crear por sí misma recursos inexistentes, tampoco «el mayor valor» de los derechos fundamentales en su conjunto permite considerar implícitas en la Constitución instituciones de garantía que esta explícitamente no ha creado ( TCo 66/1985 ). Y continúa señalando: «Pues, en efecto, los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de leyes o actos con fuerza de Ley que la LOTC regula en su Título 1, de un lado, y el recurso previo que la propia LOTC regulaba en el Capítulo Segundo del Título VI, de otro, no son -o no eran- procesos iguales ni en su objeto ni en su tramitación, ni tampoco en los efectos de las Sentencias recaídas en unos casos y en otro, aspecto este último que es el que ahora importa destacar. A las primeras les son aplicables los efectos previstos en la LOTC art.38, mientras que las Sentencias dictadas en los procesos de recurso previo quedaban sujetas, en cuanto a su eficacia, a las reglas singulares recogidas en los apartados 4 y 5 del art.79» ( TCo 66/1985 ). También ha señalado el Tribunal que la impugnación previa **no cierra la vía del posterior control**: «Por su parte, el derogado LOTC art.79.5 se refería solo a las sentencias dictadas en la vía del recurso previo de inconstitucionalidad, las cuales, al no prejuzgar «la decisión del Tribunal en los recursos que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de Ley del texto impugnado en la vía previa», dejaban siempre abierta la posibilidad de **reabrir el enjuiciamiento constitucional** de dicho texto por cualquiera de las vías o procedimientos de inconstitucionalidad -recurso y cuestión de inconstitucionalidad- regulados en el Título II de la LOTC. De este modo, la LOTC art.79.5 resultaba ajustado a los mandatos constitucionales, puesto que, al disponer que el proyecto de disposición legal que en su día fuera declarado válido en el proceso de control previo no gozaba, solo por ello, de una presunción reforzada de legitimidad

constitucional que lo hiciera ya inatacable a través de los procesos de control sucesivo, venía a respetar el claro dictado de la Const art.161.1.a y 163 que no excluyen, ni permiten al legislador excluir, de los procedimientos de control a posteriori ninguna norma con rango o valor de Ley ( TCo 20/1988 ).

9333 En diversas legislaturas, el Grupo Popular presentó **iniciativas legislativas** para la **recuperación** de al menos el recurso previo sobre estatutos de autonomía, como hizo, por ejemplo, antes de la aprobación del nuevo Estatuto de Cataluña. En la X legislatura (2011-2015) se presentó nuevamente por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, el 24-1-2014, una «Proposición de ley orgánica de modificación de la LO 2/1979 , para la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para los proyectos de ley orgánica de estatutos de autonomía o de su modificación» (BOCG 31-1-14).

Finalmente, se aprobó la LO 12/2015 , de modificación de la LOTC , para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los proyectos de ley orgánica de estatuto de autonomía o de su modificación, **ha vuelto a introducir** el recurso que originalmente estaba previsto pero que se suprimió por la LO 4/1985 y que existe en algunos de los países de nuestro entorno como en Austria, Irlanda, Suecia, Portugal o como en el paradigmático caso de Francia, con sus peculiaridades. Señala la exposición de motivos «Todo ello permite inferir que, para evitar el cuestionamiento constitucional e institucional y vertebrar con rigor jurídico y cohesión social el Estado, se torna necesario y conveniente restablecer, adaptándolo a la actual configuración del Estado, el recurso previo de inconstitucionalidad, eso sí, solo para los proyectos de estatutos de autonomía y sus propuestas de reforma. Se evita así el principal reproche que mereció en el pasado esta institución jurídica cuando pudo ser utilizada por los grupos minoritarios para **paralizar la entrada en vigor de normas legales**, de carácter orgánico, aprobadas por las Cortes Generales».

9335 El procedimiento para la interposición del recurso previo tiene las siguientes **características** ( LOTC art.79 ):

a) El **objeto** del recurso es la impugnación del texto definitivo del proyecto de estatuto o de la propuesta de reforma de un estatuto, una vez aprobado por las Cortes Generales.

b) Están **legitimados** quienes, de acuerdo con la Constitución y con la LOTC, están legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad contra estatutos de autonomía.

c) El **plazo** para la interposición del recurso es de 3 días desde la publicación del texto aprobado en el BOCG.

d) La interposición **suspende** automáticamente todos los trámites subsiguientes.

e) El recurso previo **se sustancia** en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad.

f) La **resolución** corresponde al Tribunal Constitucional en el **plazo** improrrogable de 6 meses desde su interposición:

- si se declara la **inexistencia** de la **inconstitucionalidad** alegada, seguirán su curso los trámites conducentes a su entrada en vigor, incluido, en su caso, el correspondiente procedimiento de convocatoria y celebración de referéndum;

- si la resolución declara la **inconstitucionalidad** del texto impugnado, deberá concretar los preceptos a los que alcanza, aquellos que por conexión o consecuencia quedan afectados por tal declaración y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales.

g) El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los **recursos o cuestiones de inconstitucionalidad** que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa.

#### Precisiones

Cuando la aprobación del proyecto de estatuto o de la propuesta de reforma haya de ser sometida a **referéndum** en el territorio de la respectiva comunidad autónoma, el mismo no puede convocarse hasta que haya resuelto el Tribunal Constitucional y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales.

#### | SECCIÓN 2

## Litigación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

9340	1. Asuntos competencia del Tribunal	9345
	2. Composición del Tribunal y distribución de competencias	9350
	3. Procedimiento	9360

9342 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH- es el **garante del cumplimiento** por los Estados parte de las obligaciones derivadas del Convenio de Roma 4-11-1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales -CEDH- ( CEDH art.19 ).

Creado en 1959, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un Tribunal internacional que **actúa** no solo a instancia de los Estados parte del Convenio, sino, singularmente, en virtud de las demandas que pueden presentar los particulares, ya sean ciudadanos o personas bajo la jurisdicción de un Estado parte.

El Tribunal tiene su **sede** en Estrasburgo y **está compuesto** por un total de 47 jueces (uno por cada Estado parte). Para el desempeño de su función, el Tribunal está asistido por una Secretaría. Son **lenguas oficiales** del Tribunal el francés y el inglés.

España asumió la **competencia** del Tribunal como consecuencia de la ratificación del CEDH (instr. ratificación de 4-10-1979).

La **representación** del Reino de España ante el Tribunal está atribuida, en calidad de agentes, a los abogados del Estado integrados en la Subdirección de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado.

#### Precisiones

Un **estudio detallado** del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se expone en los nº 9150 s. Memento Procesal Contencioso-Administrativo 2018.

9344 El **sistema de protección** de los derechos y las libertades fundamentales plasmados en el CEDH se basa en el principio de subsidiariedad. Incumbe en primer lugar a los Estados parte del Convenio garantizar su aplicación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo debe intervenir cuando los Estados no han cumplido su obligación.

El **control del TEDH** se activa, esencialmente, como ya hemos señalado, por medio de **demandas individuales**, por lo que al Tribunal puede someterse cualquier persona, física o jurídica que se encuentre en la jurisdicción de los Estados parte del Convenio.

La adopción del Protocolo núm 14 del CEDH establece, entre otras cuestiones, la posibilidad de que las **demandas manifiestamente inadmisibles** puedan ser resueltas en lo sucesivo por un juez único, asistido por ponentes no judiciales, y no por un comité de 3 jueces. Este instrumento, que entró en vigor el 1-6-2010, también establece un nuevo criterio de admisibilidad ligado a la importancia del perjuicio sufrido por un demandante. Pretende desincentivar la presentación de demandas por personas que hayan sufrido un perjuicio insignificante.

### 1. Asuntos competencia del Tribunal

---

9345 El TEDH es un órgano internacional ante el que pueden presentarse, en determinadas circunstancias, denuncias de **violaciones de los derechos** reconocidos en el CEDH.

El CEDH es un tratado internacional por el que gran parte de los Estados europeos han acordado salvaguardar ciertos **derechos fundamentales** de los individuos. Los derechos garantizados se hallan enumerados en dicho Convenio y en sus 14 protocolos.

El Convenio distingue dos **tipos de demandas**:

- las **demandas individuales**, presentadas por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental, que estima que sus derechos han sido violados (cuyo procedimiento desarrollamos a continuación); y
- las **demandas interestatales**, interpuestas por un Estado contra otro Estado.

Solamente pueden presentarse ante el Tribunal las demandas dirigidas **contra los Estados** que hayan ratificado el CEDH o el Protocolo que garantice el derecho cuya violación se alegue, y cuyos hechos no se refieran a acontecimientos ocurridos antes de las fechas de ratificación de dichos instrumentos por el Estado en cuestión. Además, debe tratarse de actos cuya responsabilidad incumbe a una **autoridad pública** (Parlamento, Administración, Tribunal, etc.) de uno de dichos Estados. El Tribunal no tiene competencia para conocer de demandas dirigidas contra un particular o una institución privada.

Como **requisitos de admisibilidad** se establece que solo se puede acudir ante el Tribunal si se han agotado los recursos internos y en el plazo de 6 meses, a contar desde la fecha de la notificación de la decisión interna definitiva. Una demanda que no respete estos requisitos no puede ser examinada por el Tribunal ( CEDH art.35.1 ).

9350 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos actúa en **varias formaciones judiciales** para el examen de los asuntos que se le sometan. El Tribunal puede actuar:

- en formación de juez único;
- en comités compuestos por tres jueces;
- en salas de siete jueces; o
- en una Gran Sala de diecisiete jueces.

Las salas del Tribunal constituyen los comités por un período determinado ( CEDH art.26 ).

9352 **Competencia del juez único**  
(CEDH art.27)

El juez único, siempre de nacionalidad distinta a la del Estado demandado, puede declarar **inadmisible** o eliminar del registro de asuntos del Tribunal una demanda individual (presentada en virtud del CEDH art.34 ), cuando pueda adoptarse tal resolución sin tener que proceder a un examen complementario.

La **resolución** será definitiva.

Si el juez único **no declara inadmissible** una demanda ni la elimina del registro de asuntos, dicho juez remitirá la misma a un comité o a una sala para su examen complementario.

La decisión es **notificada al interesado**, sin previa comunicación al Estado demandado, y sin una motivación detallada.

### Precisiones

Se trata de una modificación al CEDH recogida en el ya mencionado Protocolo núm 14 que introdujo la figura del juez-único, como una de las formaciones judiciales del Tribunal, con competencia para dictar decisiones de inadmisión, cuando dicha decisión no requiera un examen más detenido, por ser la demanda **clara y manifiestamente inadmissible**. Por este procedimiento, a partir de un informe elaborado por los letrados del Tribunal sobre el contenido de la demanda, un juez del TEDH puede decidir la inadmisión de la demanda.

9354 **Competencia de los comités**  
(CEDH art.28)

Respecto de una **demanda individual** (presentada en virtud del CEDH art.34 ), un comité puede, por unanimidad:

**a)** Declarar la misma **inadmisible** o eliminarla del registro de asuntos, cuando pueda adoptarse tal resolución sin tener que proceder a un examen complementario.

**b)** Declararla **admissible** y dictar al mismo tiempo **sentencia sobre el fondo**, si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal (introducido por el Protocolo 14).

Las **resoluciones y sentencias** dictadas en virtud de lo señalado en la letra a) anterior son definitivas.

En caso de que el juez designado en representación del Estado en litigio no sea miembro del Comité, el Comité puede, en cualquier fase del procedimiento, invitar a dicho juez a ocupar el lugar de uno de los miembros del Comité, tomando en consideración todos los factores pertinentes, entre ellos el de si ese Estado se ha opuesto a la aplicación del procedimiento previsto en la letra b).

9355 **Competencia de las salas**  
(CEDH art.29)

Si no se ha adoptado resolución alguna en virtud de lo dispuesto por CEDH art.27 o 28 o no se ha dictado sentencia por el comité, una Sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las **demandas individuales** (presentadas en virtud del CEDH art.34 ).

La Sala se ha de pronunciar sobre la admisibilidad y el fondo de las **demandas de los Estados** (presentadas en virtud del CEDH art.33 ).



Salvo decisión en contrario del Tribunal en casos excepcionales, la **resolución sobre la admisibilidad** se debe tomar por separado.

### 9357 Competencia de la Gran Sala (CEDH art.30 y 31 )

Si el asunto pendiente ante una sala plantea una **cuestión grave** relativa a la interpretación del Convenio o de sus protocolos, o si la solución dada a una cuestión puede ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la sala puede inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello.

Así, corresponde a la Gran Sala:

- pronunciarse sobre las demandas individuales o de los Estados cuando el asunto le haya sido **elevado por la sala** o cuando el asunto le haya sido remitido a petición de cualquiera de las partes en el asunto;
- pronunciarse sobre las cuestiones sometidas al Tribunal por el **Comité de Ministros** ( CEDH art.46 párr 4º ); y
- examinar las solicitudes de emisión de **opiniones consultivas** ( CEDH art.47 ).

## 3. Procedimiento

---

### 9360 Como rasgos generales pueden destacarse los siguientes:

- el procedimiento es **escrito**;
- las **vistas** son excepcionales;
- el examen del caso es **gratuito**;
- aunque al inicio del procedimiento no sea precisa **representación letrada**, esta será necesaria en el caso de que la demanda sea notificada al Gobierno.

El examen de los asuntos planteados ante el Tribunal conoce **dos etapas** principales: la etapa de admisibilidad y la etapa de decisión sobre el fondo del asunto, esto es, de examen de las quejas. Diferentes etapas marcan asimismo el recorrido de una demanda.

### 9362 Iniciación (CEDH art.33 y 34 )

Todo Estado contratante o individuo que alegue ser víctima de una violación del Convenio puede dirigir directamente al TEDH una **demanda** a causa de la vulneración por un Estado Parte de alguno de los derechos garantizados por el Convenio.

Al Tribunal no puede recurrirse sino después de **agotar las vías de recursos internos**, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos.

A partir de la fecha de la decisión interna definitiva, se dispone de un **plazo** de 6 meses para presentar una **demanda** ante el Tribunal. Este plazo **empieza a contar** desde la notificación de la última decisión pronunciada en el ejercicio de los recursos usuales y no a partir de la denegación ulterior de una eventual demanda de revisión del proceso, de un recurso extrajudicial, de una solicitud de indulto o de amnistía o, por ejemplo, de una petición.

Los **idiomas oficiales** del Tribunal son el inglés y el francés. No obstante, se puede utilizar uno de los idiomas oficiales de alguno de los Estados que hayan ratificado el Convenio. Sin embargo, debe tener en cuenta que en una fase más avanzada del procedimiento, esto es, si el Tribunal decide solicitar al Gobierno que presente observaciones escritas en relación a los agravios denunciados, toda la correspondencia que se recibe del Tribunal estará redactada en inglés o en francés, y deben en principio remitirse las observaciones al Tribunal también en uno de estos dos idiomas.

#### Precisiones

En la práctica, es habitual enviar al Tribunal una **comunicación preliminar** que contenga una descripción sucinta de los hechos y en la que aparezca el objeto de la demanda, para interrumpir el plazo de interposición de 6 meses -desde la fecha de la decisión interna definitiva-.

Tras esta comunicación, la práctica del Tribunal fija un plazo de 6 semanas para remitir el formulario de demanda.

### 9364 El formulario de demanda debe contener:

- a) Un breve resumen de los **hechos** así como las quejas.
- b) Mención de los **derechos** garantizados por el Convenio que se considere que han sido infringidos.

- c) Los **recursos** que hayan sido ejercitados.
- d) Una copia de las **decisiones y sentencias pronunciadas** en el caso por todas las autoridades públicas implicadas (estos documentos no serán devueltos, por lo tanto no se deben enviar originales, únicamente copias).
- e) La **firma** en tanto que demandante, o la de su representante.

Tras la recepción del formulario de demanda, la Secretaría del Tribunal responde informando de la apertura a su nombre de un **dossier** (cuyo número debe ser mencionado en todo correo posterior) y enviando una serie de etiquetas código de barras que deben incluirse en las cartas que se envíen al Tribunal. A continuación, puede que se pidan documentos, aclaraciones o **explicaciones complementarias** relativas a la demanda.

**9365** Si no se envía el formulario de demanda completo en un plazo de 6 meses a partir de la fecha en la que el Tribunal lo remitió al interesado, se considera que **no se desea mantener** dicha demanda. Igualmente cuando lo que no se remite son las informaciones o documentos complementarios solicitados por la Secretaría.

Se puede presentar la demanda ante el Tribunal **a través de abogado u otro representante**, en cuyo caso se deberá unir al formulario un poder a su favor. El representante de una persona jurídica (sociedad, asociación, etc.) o de un grupo de personas, debe justificar su derecho estatutario o legal de representación.

El Tribunal no otorga **asistencia jurídica gratuita** en el momento de la presentación inicial de la demanda, aunque puede concederla en el curso del procedimiento cuando decide comunicar la demanda al Gobierno aludido para la presentación de observaciones escritas, otorgándose si el Tribunal lo considera necesario para la buena marcha del procedimiento.

En general, todas las informaciones contenidas en los documentos presentados ante la Secretaría, especialmente los datos relativos al peticionario o a terceras personas son **accesibles al público**. Además, estas informaciones pueden aparecer en la base de datos del Tribunal accesible en internet (HUDOC). El Tribunal puede autorizar el anonimato en casos excepcionales y debidamente motivados.

**9367 Admisibilidad de la demanda**  
(CEDH art.35 a 38 )

El Tribunal examina en primer lugar si la demanda es **admisible**: esto significa que el asunto debe respetar una serie de **requisitos** establecidos en el CEDH. En el caso de que dichos requisitos no se cumplan, la demanda debe ser inadmitida, ya sea total o parcialmente. Si la demanda o alguna de sus quejas se inadmite, esta decisión es firme.

En ese sentido, se establece que el Tribunal no puede admitir ninguna **demanda individual** cuando:

- sea **anónima**; o
- sea esencialmente la misma que una demanda **examinada anteriormente** por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

Además, el Tribunal debe declarar inadmisibile cualquier demanda individual si considera que:

- la demanda es **incompatible** con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o
- el demandante **no ha sufrido un perjuicio importante**, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional (motivo introducido por el Protocolo núm 14).

**9369** En cualquier momento del procedimiento, el Tribunal puede decidir **cancelar una demanda** del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar:

- a)** Que el demandante ya **no está dispuesto a mantenerla**.
- b)** Que el litigio haya sido ya **resuelto**.
- c)** Que, por cualquier otro motivo verificado por el Tribunal, ya **no está justificada** la prosecución del examen de la demanda.

No obstante, el Tribunal debe **proseguir el examen** de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus protocolos. El Tribunal puede decidir que vuelva a inscribirse en el registro de entrada el procedimiento cuando estime que las circunstancias así lo justifican.

El Tribunal debe proceder al **examen del asunto** con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados han de proporcionar todas las facilidades necesarias.

También debe tenerse en cuenta la posibilidad de que cuando se presenta una demanda ante el Tribunal, este puede exigir de un Estado la **adopción de ciertas medidas** mientras continua con el examen del asunto. Generalmente el Tribunal solicita al Estado que se abstenga de hacer algo como, por ejemplo, devolver a una persona a un país en donde dice estar expuesta a un riesgo para su vida o a sufrir torturas.

#### Precisiones

El Tribunal ha elaborado una **Guía práctica sobre la admisibilidad**, específicamente dirigida a los profesionales del derecho, en la que se comprende su jurisprudencia acerca de los requisitos de admisibilidad de las demandas.

#### 9370 Posibilidad de transigir (CEDH art.39)

En **cualquier fase del procedimiento**, el Tribunal puede ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir una transacción sobre el asunto, inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus protocolos.

En caso de alcanzarse una transacción, el Tribunal debe **eliminar el asunto del registro** mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada. Esta resolución se transmitirá al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos de la transacción tal como se recojan en la resolución.

De no ser posible dicho acuerdo, el Tribunal ha de proceder al **examen de fondo** de la demanda, es decir, decidirá si ha existido o no una violación del Convenio.

#### 9372 Vista pública y acceso a los documentos (CEDH art.40)

La regla general es que el procedimiento sea escrito, pero en ocasiones, debido a la **complejidad del asunto**, se puede acordar la celebración de una vista pública en la que las partes pueden exponer verbalmente sus alegaciones.

La vista es **pública y contradictoria** a no ser que se decida otra cosa por circunstancias excepcionales.

Excepcionalmente el Tribunal puede realizar **indagaciones** y desplazarse a un país con el objetivo de establecer los hechos que estén en el origen de una demanda. La delegación del Tribunal puede en estos casos recibir el testimonio de personas y realizar una investigación in situ.

En ocasiones el Tribunal puede también designar **peritos**, como por ejemplo cuando solicita a médicos expertos el examen de demandantes que se encuentran en prisión.

#### Precisiones

La vista pública es un **supuesto excepcional**, ya que el objeto no es repetir un juicio ni efectuar la revisión de la sentencia causante de la vulneración del Convenio. Conviene tener también presente que el Tribunal se enfrenta a un gran número de demandas cuyo examen debe efectuar dentro de un plazo razonable.

#### 9375 Satisfacción equitativa (CEDH art.41)

Si el Tribunal declara que ha habido **violación del Convenio** o de sus protocolos y si el derecho interno del Estado afectado solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal debe conceder a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

Solo se intentará cuando **el asunto sea claro** y, por ejemplo, solo requiera fijar la cuantía de la indemnización por un retraso indebido en un procedimiento judicial, por lo que hay que poner de acuerdo a las partes.

Esta fase del procedimiento es **confidencial**, adopta forma de sentencia y se comunica por escrito a las partes y al Comité de Ministros. De esta forma, el Estado evita ser condenado públicamente y el demandante obtiene más rápidamente la satisfacción que buscaba.

#### 9377 Sentencia (CEDH art.43 a 46)

Tanto las sentencias de la Gran Sala como las sentencias definitivas de las salas tienen las siguientes **características**:

a) Han de estar **motivadas** (tanto las sentencias como las resoluciones por las que se declare la admisibilidad o inadmisibilidad de las demandas). Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquier juez tiene derecho a unir a ella su opinión por separado.

b) Deben hacerse **públicas** en inglés y francés.

c) Tienen **fuerza obligatoria**, ya que los Estados se comprometen a acatarlas en los litigios en que sean partes (nº 9382 ).

### 9379 Sentencias dictadas por las salas

(CEDH art.44)

Estas sentencias son **definitivas** en los siguientes supuestos:

- cuando las partes declaran que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala;
- cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala 3 meses después de la fecha de la sentencia; y
- cuando el colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión formulada por cualquier parte en el asunto.

### 9380 Remisión ante la Gran Sala

(CEDH art.43)

En el **plazo** de 3 meses a partir de la fecha de la sentencia de una sala, cualquier parte en el asunto puede solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala.

Un colegio de 5 jueces de la Gran Sala debe aceptar la demanda si el asunto plantea una **cuestión grave** relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general.

Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante **sentencia**, que es definitiva en cualquier caso.

### 9382 Ejecución de las sentencias

(CEDH art.46)

Los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. La **sentencia definitiva** del Tribunal se debe transmitir al Comité de Ministros, que ha de velar por su ejecución.

Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un **problema de interpretación** de dicha sentencia, puede remitir el asunto al Tribunal, con objeto de que este se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se ha de tomar por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité.

Si el Comité considera que un Estado **se niega a acatar** una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, puede, tras notificarlo formalmente a ese Estado y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, remitir al Tribunal la cuestión de si ese Estado ha incumplido su obligación.

Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del compromiso de acatar las sentencias, debe remitir el asunto al Comité de Ministros para que examine las **medidas que sea preciso adoptar**. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna, debe remitir el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

## SECCIÓN 3

# Litigación ante tribunales de la Unión Europea

9390	<b>A. Competencia</b>	9400
	1. Tribunal de Justicia	9402
	2. Tribunal General	9415
	<b>B. Procedimiento</b>	9425
	1. Fase escrita: iniciación del procedimiento	9430
	2. Fase intermedia: medidas preparatorias	9435
	3. Fase oral: vista pública y conclusiones del abogado general	9440

9392 En virtud del Tratado de la Unión Europea, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales especializados ( Tratado UE art.19 ).

#### Precisiones

El único tribunal especializado era el **Tribunal de la Función Pública**. En 2015, debido al aumento del número de litigios y a la excesiva duración de la tramitación de los asuntos ante el Tribunal General, el legislador de la Unión decidió incrementar progresivamente el número de jueces del Tribunal General hasta llegar a 56 y traspasar al Tribunal General las competencias del Tribunal de la Función Pública. El Tribunal de la Función Pública quedó disuelto el 1 de septiembre de 2016 ( Reglamento UE 2015/2422 ).

#### 9394 Regulación

El **Tribunal de Justicia** se regula en las siguientes disposiciones:

- Tratado UE art.13 y 19 ;
- Tratado FUE art.108 , 218 , 251 a 281 , 299 , 340 ;
- Tratado CECA art.12 , 18 , 21 , 81 a 83 , 103 a 105 , 106 bis , 144 , 145 , 157 y 188 ;
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (contenido en un protocolo del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea );
- Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia (DOUE 29-9-12);
- Protocolo núm 2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad art.8 (DOUE 17-12-07);
- Protocolo núm 7, sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea art.1 (DOUE 16-12-04);
- Decisión del Tribunal de Justicia de 20-11-12, relativa a los días feriados legales y a las vacaciones judiciales (DOUE 15-12-12);
- Decisión del Tribunal de Justicia de 23-10-12, relativa a las funciones jurisdiccionales del vicepresidente del Tribunal de Justicia (DOUE 30-10-12);
- Decisión del Tribunal de Justicia de 13-9-11, sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia (DOUE 1-10-11);
- Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación (DOUE 8-12-04, modificado: DOUE 31-1-09);
- Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE 6-11-12).
- Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE 25-11-16)

#### Precisiones

Sobre la **E-curia**, aplicación informática que permite presentar y notificar escritos procesales por vía electrónica, así como consultar tales escritos:

- Decisión del Tribunal de Justicia, de 13-9-11, sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia (DOUE 1-10-11);
- condiciones de utilización de la aplicación «e-Curia» aplicables a los representantes de las partes (11-10-11);
- condiciones de utilización de la aplicación «e-Curia» aplicables a los ayudantes (11-10-11).

Véase el enlace [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)

9395 El **Tribunal General** se regula por las siguientes disposiciones:

- Tratado UE art.13 y 19 ;
- Tratado FUE art.251 a 281 ;
- Tratado CECA art.106 bis , 144 , 145 , 157 y 188 ;
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (contenido en un protocolo del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea);

- Reglamento de procedimiento del Tribunal General (DOUE 23-4-15);
- Normas prácticas de desarrollo del Reglamento de procedimiento del Tribunal General (versión consolidada DOUE 18-6-15)
- Instrucciones al Secretario del Tribunal General de 5-7-07 (DOUE 5-7-07; modificadas el 17-5-10 y el 24-1-12);
- Instrucciones prácticas a las partes en los procedimientos ante el Tribunal General (DOUE 7-3-12).

#### Precisiones

##### Sobre la **E-curia**:

- Decisión del Tribunal General de 14-9-11 sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia (DOUE 1-10-11);
  - condiciones de utilización de la aplicación «e-Curia» aplicables a los representantes de las partes (11-10-11);
  - condiciones de utilización de la aplicación «e-Curia» aplicables a los ayudantes (11-10-11).
- Véase el enlace [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)

## A. Competencia

**9400** Ha de distinguirse según el Tribunal, de los que forman parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- el Tribunal de Justicia (nº 9402 );
- el Tribunal General (nº 9415 );

### 1. Tribunal de Justicia

---

#### **9402** Cuestión prejudicial

(Tratado FUE art.265; Estatuto TJUE art.23; Rgto Procedimiento TJ art.93 a 118 )

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse con carácter prejudicial, sobre la **interpretación de los Tratados** y sobre la **validez e interpretación de los actos** adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Se plantea a **instancia de un órgano jurisdiccional** de uno de los Estados miembros, que puede pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la cuestión si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano está obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Se prevé un **procedimiento prejudicial acelerado** cuando la naturaleza del asunto así lo requiera ( Rgto Procedimiento TJ art.105 y 106 ) y un **procedimiento prejudicial de urgencia** cuando se trate de materias relativas al ámbito del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia ( Rgto Procedimiento TJ art.107 a 114 ).

#### Precisiones

**1) El grupo más numeroso de asuntos** que conoce el Tribunal de Justicia son las cuestiones prejudiciales: según las estadísticas, de 688 nuevos asuntos que entraron en el año 2011 más del 60%, en concreto, 423 eran cuestiones prejudiciales.

**2) Ver las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales**, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE 6-11-12).

#### **9404** Recurso por incumplimiento

(Tratado FUE art.258 a 260 )

Antes de interponer un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, tiene lugar un **procedimiento previo** dirigido por la Comisión, por el que se requiere al Estado miembro afectado para que responda a las imputaciones que se le hayan hecho. Si la Comisión estima que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, debe emitir un **dictamen motivado** al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio.

Si el Estado de que se trate **no se atiene a este dictamen** en el plazo determinado por la Comisión, esta puede interponer el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. Este recurso puede iniciarlo bien la Comisión (como se produce habitualmente), bien un Estado miembro

Si el Tribunal de Justicia declara que un Estado miembro ha incumplido, el Estado está obligado a adoptar las **medidas necesarias para la ejecución** de la sentencia del Tribunal. Si persiste en el incumplimiento y la Comisión lo estima así, se someterá de nuevo el asunto al Tribunal de Justicia señalando el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias, que puede imponerla, si así lo estima, en una nueva sentencia.

#### Precisiones

Ver las **Instrucciones prácticas** relativas a los recursos directos y a los recursos de casación (DOUE 8-12-04; modificadas el 27-1-09, DOUE 31-1-09).

#### 9405 Recurso de anulación

(Tratado FUE art.263 , 264 y 266 )

Por medio de este recurso, el Tribunal de Justicia controlará la **legalidad**:

- de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes;
- de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros;
- de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

A tal fin, el Tribunal de Justicia es **competente** para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

#### Precisiones

Ver las **instrucciones prácticas** relativas a los recursos directos y a los recursos de casación (DOUE 8-12-04; modificadas el 27-1-09, DOUE 31-1-09).

#### 9407 Recurso por omisión

(Tratado FUE art.265 y 266 )

Este recurso **está previsto en caso** de que instituciones como el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo, el Parlamento Europeo y los órganos y organismos de la Unión, se abstengan de pronunciarse sobre la violación de los tratados, para lo cual los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión pueden recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación.

Este recurso **solamente** es **admisible** si la institución, órgano u organismo de que se trate han sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de 2 meses, a partir de dicho requerimiento, la institución, órgano u organismo no ha definido su posición, el recurso puede ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de 2 meses.

#### Precisiones

Ver las **Instrucciones prácticas** relativas a los recursos directos y a los recursos de casación (DOUE 8-12-04; modificadas el 27-1-09, DOUE 31-1-09).

#### 9409 Recursos de casación

(Tratado FUE art.256.1; Rgto Procedimiento TJ art.167 a 190 bis )

Contra las **resoluciones dictadas por el Tribunal General** puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto.

Las **pretensiones** del recurso de casación deben tener por objeto la anulación, total o parcial, de la resolución del Tribunal General, tal y como figura en el fallo de dicha resolución.

Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el Tribunal de Justicia debe **anular la resolución** del Tribunal General.

Cuando el estado del asunto así lo permita, el Tribunal de Justicia debe **resolver el litigio**. En caso contrario, ha de devolver el asunto al Tribunal General, que estará vinculado por la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia en el marco del recurso de casación.

Serán resueltos mediante **autos** los recursos de casación manifiestamente inadmisibles o manifiestamente infundados y los manifiestamente fundados, cuando el Tribunal se haya pronunciado ya sobre una o varias cuestiones jurídicas idénticas a las planteadas.

#### Precisiones

Ver las **Instrucciones prácticas** relativas a los recursos directos y a los recursos de casación (DOUE 8-12-04; modificadas el 27-1-09, DOUE 31-1-09).

#### 9410 Reexamen

(Tratado FUE art.256.2 y 3; Estatuto TJUE art.62 a 62 ter; Rgto Procedimiento TJ art.191 a 195 )

Las **resoluciones dictadas por el Tribunal General** resolviendo recursos contra los Tribunales especializados y las que se dicten resolviendo las cuestiones prejudiciales dentro de su ámbito pueden ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión.

## 2. Tribunal General

---

#### 9415 Cuestiones prejudiciales

(Tratado FUE art.256.3 y 267 )

Cuando el Tribunal General considere que el asunto requiere una resolución de principio que pueda afectar a la **unidad o coherencia del Derecho de la Unión**, puede remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia para que este resuelva.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General sobre cuestiones prejudiciales pueden ser **reexaminadas** con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión (nº 9410 ).

#### 9417 En primera instancia

(Tratado FUE art.256.1, 263 , 265 , 268 y 270 ; Estatuto TJUE art.51)

Son competencia del Tribunal General los **recursos** de anulación, omisión interpuestos contra las instituciones -a menos que sean interpuestos por los Estados miembros, por las instituciones de la Unión o por el Banco Central Europeo, en cuyo caso es el Tribunal de Justicia el que tiene competencia exclusiva ( Estatuto TJUE art.51 )- los litigios relativos a la **indemnización por daños** causados por las instituciones, litigios entre la Unión y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca el estatuto de los funcionarios de la Unión y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión, para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta.

Litigios **entre la Unión Europea y sus agentes**, incluidos los litigios entre cualquier órgano u organismo (los litigios entre Europol, la Oficina de Armonización del Mercado Interior o el Banco Europeo de Inversiones) y sus agentes y su personal, respecto de los cuales se haya atribuido competencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( Rgto UE 2422/2015 ).

Incluye conflictos relativos tanto a las **relaciones laborales** como al régimen de la **Seguridad Social**.

Contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General en esta materia puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, limitado a las cuestiones de Derecho, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto.

#### Precisiones

En septiembre de 2016, la competencia para resolver en primera instancia los asuntos sobre la función pública de la Unión Europea, así como los siete puestos de Jueces del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea («el Tribunal de la Función Pública»), se transfirieron al Tribunal General ( Rgto UE 2422/2015 ).

#### 9419 Recursos de casación y apelación



Contra las **resoluciones dictadas por tribunales especializados**, puede interponerse ante el Tribunal General recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho o, cuando el reglamento relativo a la creación del Tribunal especializado así lo contemple, recurso de apelación referente también a las cuestiones de hecho.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General en esta materia pueden ser **reexaminadas** con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión (nº 9410 ).

## B. Procedimiento

9425 Existen tantos procedimientos como Tribunales existen, pero todos poseen una **estructura** muy similar, que consta de una fase escrita y de una fase oral ( Estatuto TJUE art.19 a 46 ).

Por ello, procedemos a desarrollar el procedimiento general que se desenvuelve **ante el Tribunal de Justicia**, base común para el resto de procedimientos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en circunstancias especiales, el presidente puede decidir que se dé **prioridad a un asunto** sobre los demás. También pueden tramitarse los asuntos mediante un **procedimiento acelerado** y las peticiones de decisión prejudicial pueden tramitarse mediante un **procedimiento de urgencia**.

### 1. Fase escrita: iniciación del procedimiento

(Rgto Procedimiento TJ art.57 y 58 )

9430 Esta primera fase se desdobra en dos, una con reglas específicas para las cuestiones prejudiciales y otra para los recursos directos.

#### 9432 Cuestiones prejudiciales

(Rgto Procedimiento TJ art.93 a 98 )

Inicia el procedimiento el **órgano jurisdiccional nacional** que plantea al Tribunal de Justicia las cuestiones relativas a la interpretación de los Tratados o a la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

La **petición** normalmente adopta la fórmula de resolución judicial, que ha de contener:

- una **exposición concisa** del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente o, al menos, una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones;
- el **texto** de las **disposiciones nacionales** que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente; y
- finalmente, la indicación de las **razones** que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que, a su juicio, existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

En el plazo de dos meses, contados desde la **notificación** del Tribunal de Justicia sobre la presentación de la cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional, traducida la petición a todas las lenguas de la Unión por el servicio de traducción del Tribunal, las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona tienen derecho a presentar al Tribunal de Justicia **alegaciones** u observaciones escritas.

Se publica en el Diario Oficial una **comunicación** en la que se han de indicar las partes del litigio y el contenido de las cuestiones

#### 9434 Recursos directos

(Rgto Procedimiento TJ art.119 a 132 )

Se inicia mediante **demanda**, con identificación de las partes, la cuestión objeto del litigio, los motivos y alegaciones invocados y una exposición concisa de dichos motivos, las pretensiones del demandante, las pruebas y la proposición de prueba, si se estima oportuno.

La demanda debe ir dirigida al secretario del Tribunal y acompañada de los **documentos** que se establezcan para cada supuesto concreto.

Dentro de los 2 meses siguientes a la notificación de la demanda, el demandado debe presentar el **escrito de contestación**, con similar contenido al de la demanda.

La demanda y el escrito de contestación pueden completarse con una **réplica** del demandante y una **dúplica** del demandado.

Se prevé la institución procesal de la **intervención de tercero**, que equipara a los coadyuvantes y que no puede tener otro fin que apoyar, total o parcialmente, las pretensiones de una de las partes. La intervención no otorga derechos procesales idénticos a los de las partes, en particular el de solicitar la celebración de una vista.

## 2. Fase intermedia: medidas preparatorias

(Rgto Procedimiento TJ art.59 a 75 )

---

9435 Una vez se declare terminada la fase escrita del procedimiento, el presidente debe fijar la fecha en la que el juez ponente debe presentar a la reunión general del Tribunal un **informe preliminar**.

Este informe preliminar ha de contener propuestas sobre la procedencia de **practicar diligencias especiales** de ordenación del procedimiento o de prueba o de solicitar **aclaraciones**, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente, así como sobre la formación del Tribunal a la que debería atribuirse el asunto. El informe debe incluir asimismo la propuesta del juez ponente sobre la eventual **omisión** de la **vista oral**, así como sobre la eventual **omisión** de las **conclusiones** del abogado general. El Tribunal debe decidir, oído el abogado general, el curso que debe darse a las propuestas del juez ponente.

Si el Tribunal determina mediante auto, oído el abogado general, practicar las **diligencias de prueba** que estime convenientes, estas se han de llevar a efecto, siendo **admisibles** como tales:

- la comparecencia personal de las partes;
- la solicitud de información y de presentación de documentos;
- el interrogatorio de testigos;
- el dictamen pericial; y
- el reconocimiento judicial.

Una vez practicadas las diligencias de prueba, el presidente debe fijar la fecha de **apertura** de la **fase oral**, salvo que el Tribunal decida conceder a las partes un plazo para presentar **observaciones escritas**, tras el cual se ha de fijar la fecha de apertura de la fase oral.

## 3. Fase oral: vista pública y conclusiones del abogado general

(Rgto Procedimiento TJ art.76 a 85 )

---

9440 La fase oral comprende la **audiencia** por el Tribunal de Justicia de los agentes, asesores y abogados, así como las **conclusiones** del abogado general y, si procede, el **examen de testigos y peritos**.

La **vista** debe ser dirigida por el presidente del Tribunal, que ejercerá la policía de sala y quien debe declararla terminada, en su momento. Puede ser común a varios asuntos de similar naturaleza y celebrarse a puerta cerrada si así se estima por concurrir causa grave.

El abogado general debe presentar sus **conclusiones** tras la declaración de terminación de la vista, salvo que se considere que el asunto no plantea ninguna cuestión de Derecho nueva, por lo que el Tribunal de Justicia puede decidir, oído el abogado general, que el asunto sea juzgado sin las conclusiones del abogado general.

Se ha de levantar **acta** de cada vista, que debe ser firmada por el presidente y por el secretario.

## 4. Sentencia

(Rgto Procedimiento TJ art.86 a 92 )

---

9445 Las **deliberaciones** del Tribunal de Justicia son y deben permanecer secretas.

Las sentencias han de ser **motivadas**, deben mencionar los nombres de los **jueces** que participaron en las deliberaciones y han de ser **firmadas** por el presidente y el secretario. Una vez dictadas, serán leídas en sesión pública.

La sentencia debe tener el siguiente **contenido**:

- la indicación de que ha sido dictada por el Tribunal;
- la fecha de su pronunciamiento;
- la designación de la formación que ha conocido del asunto; el nombre del presidente y, en su caso, de los jueces que hayan participado en las deliberaciones, indicando el juez ponente; el nombre del abogado general y el nombre del secretario;
- la designación de las partes o de los interesados que hayan participado en el procedimiento y el nombre de sus representantes;
- en el caso de los recursos directos y de casación, las pretensiones de las partes;
- en su caso, la fecha de la vista oral;
- la indicación de que ha sido oído el abogado general y, en su caso, la fecha de sus conclusiones;
- una exposición concisa de los hechos;
- los fundamentos de Derecho;
- el fallo, que comprenderá, en su caso, la decisión sobre las costas.

En el Diario Oficial de la Unión Europea se ha de publicar un **anuncio** que contendrá la fecha y el fallo de las sentencias y de los autos del Tribunal que pongan fin al proceso.

Tanto las sentencias como las conclusiones de los abogados generales están **disponibles a través de Internet** (CURIA) el mismo día de su pronunciamiento o lectura. En la mayoría de los casos, se publican posteriormente en la Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General.

#### SECCIÓN 4

## Jurisdicción voluntaria

9450	<b>A. Expedientes tramitados judicialmente</b>	9460
	1. Competencia	9460
	2. Intervención del Ministerio Fiscal	9465
	3. Normas de tramitación	9470
	<b>B. Expedientes registrales y notariales</b>	9495

9452 Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la **tutela de derechos e intereses** en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un **proceso contencioso** ( LJV art.1 ).

Su **regulación normativa** se recoge en la L 15/2015, de la jurisdicción voluntaria -en adelante, LJV-, y en todo lo no regulado en ella, son de aplicación supletoria las disposiciones de la LEC ( LJV art.8 ).

Estamos en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y para una mejor comprensión de lo que después se dirá conviene al caso recordar lo que al respecto dijo la **doctrina** más autorizada de los autores. Así, para Carnelutti el proceso jurisdiccional puede ser contencioso y voluntario, equiparando este último a la jurisdicción voluntaria. Funda la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario en la distinción entre conflicto actual y conflicto potencial de intereses; el proceso contencioso es un tipo de proceso caracterizado por el fin que consiste en la justa composición de la litis y el proceso voluntario actúa para prevenir la litis. Sigue diciendo este autor que la prevención de la litis es el fin específico del proceso voluntario, el cual está con respecto al proceso contencioso en la misma relación que la higiene con la cura de las enfermedades. Hace la indicación de que el proceso contencioso le ha parecido durante largo tiempo, sino la única figura del proceso, por lo menos la verdadera, de tal modo que su figura complementaria (el proceso voluntario) merecía llamarse (proceso impropio). Estima Chiovenda que la jurisdicción voluntaria es una actividad del Estado, ejercida en parte por los órganos judiciales y en parte por los administrativos, que pertenece a la función administrativa. En la misma línea Calamadre dice: «la jurisdicción voluntaria entra en la rama más vasta de la función administrativa que se suele llamar: «administración pública de derecho privado» ( AP Madrid 15-4-10, EDJ 129693 ).

#### 9454 Clases de expedientes

Suelen utilizarse distintos **criterios** para la clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria.

1. Atendiendo a la **rama del Derecho** a que pertenezca el acto o negocio jurídico se distinguen dos grandes grupos:

a) Los relativos a **materia civil**, que pueden clasificarse según la rama a que pertenezcan, en expedientes relativos a:

- **Personas** ( LJV art.23 a 80 ):

- autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial;
- habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial;
- adopción;
- tutela, curatela y guarda de hecho;
- concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad;
- protección del patrimonio de las personas con discapacidad;
- derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente;
- autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente;
- declaración de ausencia y fallecimiento; y
- extracción de órganos de donantes vivos.

• **Familia** ( LJV art.81 a 90 ):

- dispensa de impedimento matrimonial;
- intervención judicial en relación con la patria potestad; y
- intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.

• **Derecho sucesorio** ( LJV art.91 a 95 ):

- albaceazgo;
- contadores-partidores dativos; y
- aceptación y repudiación de la herencia.

• **Derecho de obligaciones** ( LJV art.96 a 99 ):

- fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda; y
- consignación.

• **Derechos reales** ( LJV art.100 a 111 ):

- autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo;
- expediente de deslinde de fincas no inscritas; y
- expedientes de subastas voluntarias.

b) Los concernientes a la **materia mercantil**, que pueden ser comunes o de derecho marítimo ( LJV art.112 a 138 ):

- exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad;
- convocatoria de juntas generales;
- nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad;
- reducción de capital social y de la amortización o enajenación de las participaciones o acciones;
- disolución judicial de sociedades;
- convocatoria de la asamblea general de obligacionistas;
- robo, hurto, extravío o destrucción de título valor o representación de partes de socio; y
- nombramiento de perito en los contratos de seguro.

c) En materia de **conciliación** ( LJV art.139 a 148 )

**2.** En función de los **sujetos** encargados de tramitarlo y resolverlo. Así, la Ley distingue entre expedientes tramitados por:

- a) Jueces o letrados de la Administración de Justicia (nº 9460 ).
- b) Notarios y registradores (nº 9495 ).

## A. Expedientes tramitados judicialmente

### 1. Competencia

(LJV art.2)

9460 Los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tienen **competencia objetiva** para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria.

a) El **impulso** y la **dirección** de los expedientes corresponde a los letrados de la Administración de Justicia, atribuyéndose al juez o al letrado de la Administración de Justicia, según el caso, la **decisión de fondo** que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen en la Ley.

b) Cuando **no** venga **atribuida** la **competencia** expresamente:

- sobre los expedientes que afecten al **interés público**, al **estado civil** de las personas, los que precisen la tutela de **normas sustantivas** o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de **menores o personas con capacidad** modificada judicialmente decide el juez. Entre estos se incluyen la autorización judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, la autorización para la extracción de órganos de donantes vivos y la adopción o la dispensa para contraer matrimonio cuando haya impedimento por parentesco o muerte dolosa del cónyuge;

- el **resto de expedientes** se resuelven por el letrado de la Administración de Justicia.

#### Precisiones

1) La ley elimina el supuesto de **emancipación por matrimonio**. Hasta ahora existía la posibilidad de contraer matrimonio desde los 14 años, lo que implicaba la emancipación de la persona. Ahora la edad para contraerlo se eleva a los 16 años.

2) En supuestos de sustracción internacional de menores, son los Juzgados de Primera Instancia con competencias en derecho de familia los encargados de dar respuesta a estos conflictos, en los que existe la posibilidad previa de solucionarlos a través de la mediación.

9462 Órgano competente	Expedientes
Órgano judicial	• De autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial ( LJV art.26 )
	• Del acogimiento de menores y la adopción ( LJV art.33 s. )
	• De tutela, la curatela y la guarda de hecho ( LJV art.45 s. )
	• De concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad ( LJV art.55 s. )
	• De protección del patrimonio de las personas con discapacidad ( LJV art.58 s. )
	• Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente ( LJV art.60.3 )
	• De autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente ( LJV art.65 )
	• De extracción de órganos de donantes vivos ( LJV art.80.2 )
	• De dispensa de impedimento matrimonial ( LJV art.83.2 )
	• De intervención judicial en relación con la patria potestad ( LJV art.90 )
	• De intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales ( LJV art.94 )
	• De albaceazgo ( LJV art.91.3 )
	• De aceptación y repudiación de la herencia ( LJV art.95 )
	• De la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda ( LJV art.96 )

Órgano competente	Expedientes
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De la consignación ( LJV art.99.5 )</li> <li>• De autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo ( LJV art.103.2 )</li> <li>• De exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad ( LJV art.114.1 )</li> <li>• De disolución judicial de sociedades ( LJV art.128 )</li> <li>• De fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda ( LJV art.97.1 )</li> </ul>
Letrado de la Administración de Justicia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial ( LJV art.28 )</li> <li>• De declaración de ausencia y fallecimiento ( LJV art.73 )</li> <li>• De contadores-partidores dativos ( LJV art.92.3 )</li> <li>• De deslinde de fincas no inscritas ( LJV art.107 )</li> <li>• De nombramiento y revocación de administrador, liquidador, auditor o interventor de una entidad ( LJV art.123 )</li> <li>• De conciliación ( LJV art.139 s. )</li> </ul>

La **competencia territorial** viene fijada por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita.

## 2. Intervención del Ministerio Fiscal

( LJV art.4 )

**9465** El Ministerio Fiscal **interviene en los expedientes** de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare. Estos casos son:

- a) La autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la **filiación no matrimonial** ( LJV art.23 s. ).
- b) La habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de **defensor judicial** ( LJV art.27 s. ).
- c) El **acogimiento** de menores y la **adopción** ( LJV art.33 s. ).
- d) La **tutela, curatela y guarda** de hecho ( LJV art.43 s. ).
- e) La concesión judicial de la **emancipación** y del beneficio de la mayoría de edad ( LJV art.53 s. ).
- f) La **protección del patrimonio** de las personas con discapacidad ( LJV art.56 s. ).
- g) El **derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen** del menor o persona con capacidad modificada judicialmente ( LJV art.59 s. ).
- h) La autorización o aprobación judicial para la realización de **actos de disposición**, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente ( LJV art.61 s. ).
- i) La declaración de **ausencia y fallecimiento** ( LJV art.67 s. ).
- j) La intervención judicial en relación con la **patria potestad** ( LJV art.85 s. ).
- k) La intervención judicial en los casos de **desacuerdo conyugal** y en la administración de **bienes gananciales** ( LJV art.90 s. ).
- l) La aceptación y repudiación de la **herencia** ( LJV art.93 s. ).

## 3. Normas de tramitación

( LJV art.3 y 13 a 22 )

**9470** La Ley recoge unas **normas generales** de tramitación que se aplicarán a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en lo que no se opongan a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate.

**9472** Legitimación y postulación

(LJV art.3)

Pueden promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean **titulares de derechos o intereses legítimos** o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

Tanto los solicitantes como los interesados deben actuar defendidos por **abogado** y representados por **procurador** en aquellos expedientes en que así lo prevea la Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la Ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por abogado y procurador, respectivamente.

En todo caso, es necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación de los **recursos de revisión y apelación** que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición.

#### 9474 Reglas de común aplicación

(LJV art.5 a 8)

**a)** El juez o el letrado de la Administración de Justicia, según quien sea el competente para el conocimiento del expediente, decidirá sobre la admisión de los **medios de prueba** que se le propongan, pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público, afecte a menores o personas con capacidad modificada judicialmente o lo estime conveniente para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley.

**b) Tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos.** Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, prosigue la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acuerda el archivo de los expedientes posteriormente incoados. No se puede iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo **sustanciado** en un **proceso jurisdiccional**. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos. Se acuerda la **suspensión del expediente** cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en la LEC art.43.

**c)** Los **gastos** ocasionados en los expedientes de jurisdicción voluntaria serán a cargo del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa. Los gastos ocasionados por testigos y peritos serán a cargo de quien los proponga.

#### 9476 Iniciación del expediente

(LJV art.14)

Los expedientes se inician de **oficio**, a instancia del **Ministerio Fiscal** o por **solicitud** formulada por persona legitimada, en la que se consignan los datos y circunstancias de identificación del solicitante, con indicación de un domicilio a efectos de notificaciones.

A continuación, se expone con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los **hechos y fundamentos jurídicos** en que fundamenta su pretensión y se acompañan, en su caso, los **documentos y dictámenes** que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados.

La **solicitud** puede presentarse por cualquier medio, incluyendo los previstos en la normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a la Administración de Justicia y en ella se consignan los datos y circunstancias de identificación de las personas que puedan estar interesados en el expediente, así como el domicilio o domicilios en que puedan ser citados o cualquier otro dato que permita la identificación de los mismos.

#### Precisiones

Cuando no sea preceptiva la intervención de abogado ni de procurador, el interesado puede formular su solicitud en los **modelos normalizados** aprobados por Acuerdo 22-12-15 .

#### 9478 Acumulación de expedientes

(LJV art.15)

El juez o el letrado de la Administración de Justicia, según quien sea competente para conocer el expediente, **acuerda** de oficio o a instancia del interesado o del Ministerio Fiscal, la **acumulación** de expedientes cuando la resolución de uno pueda afectar a otro, o exista tal conexión entre ellos que pudiera dar lugar a resoluciones contradictorias.

**No** se puede acordar la **acumulación** de expedientes cuando su resolución corresponda a sujetos distintos.

La acumulación de expedientes de jurisdicción voluntaria **se rige** por lo previsto en la LEC sobre la acumulación de procesos en el juicio verbal, con las siguientes **especialidades**:

**a)** Si se trata de la acumulación de expedientes pendientes ante el **mismo órgano judicial**, la acumulación se solicita por escrito antes de la comparecencia señalada en primer lugar, realizándose las alegaciones pertinentes y decidiéndose sobre la misma.

**b)** Si los expedientes estuvieran pendientes ante **distintos órganos judiciales**, los interesados deben solicitar por escrito la acumulación ante el órgano que se estime competente en cualquier momento antes de la celebración de la comparecencia. Si el órgano requerido no accede a la acumulación, la discrepancia se resuelve, en todo caso, por el Tribunal superior común.

Los expedientes de jurisdicción voluntaria no son acumulables a ningún **proceso jurisdiccional contencioso**.

#### 9480 Examen de la solicitud

(LJV art.16)

Tras la presentación de la solicitud, el letrado de la Administración de Justicia examina de oficio si se cumplen las **normas** en materia de **competencia** objetiva y territorial.

**a)** Si el letrado de la Administración de Justicia entiende que **no** existe **competencia objetiva** para conocer, puede acordar el archivo del expediente, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, da cuenta al juez, quien acuerda lo que proceda, tras haber oído al Ministerio Fiscal y al solicitante. En la resolución en que se aprecie la falta de competencia se ha de indicar el órgano judicial que se estima competente para conocer del expediente.

**b)** Si el letrado de la Administración de Justicia entendiese que **carece de competencia territorial** para conocer del asunto, puede acordar la remisión al órgano que considere competente, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, dará cuenta al juez, quien acordará lo procedente, tras haber oído al Ministerio Fiscal y al solicitante.

El letrado de la Administración de Justicia también debe examinar la existencia de posibles **defectos u omisiones** en las solicitudes presentadas y da, en su caso, un plazo de 5 días para proceder a su **subsanción**. Si esta no se llevara a cabo en el plazo señalado, tiene por no presentada la solicitud y archiva las actuaciones en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, se da cuenta al juez, quien acuerda lo que proceda.

Si el letrado de la Administración de Justicia entiende que la solicitud **no** resulta **admisibile**, dicta decreto archivando el expediente o dará cuenta al juez, cuando este sea el competente para que acuerde lo que proceda.

#### 9482 Admisión de la solicitud y citación de los interesados

(LJV art.17)

Admitida la solicitud, el letrado de la Administración de Justicia **cita a una comparecencia** a quienes han de intervenir en el expediente siempre que concurra alguna de las **circunstancias** siguientes:

**a)** Que, conforme a la ley, deban ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante.

**b)** Que hubieran de practicarse pruebas ante el juez o el letrado de la Administración de Justicia.

**c)** Que el juez o el letrado de la Administración de Justicia consideren necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente.

**d)** Si solo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, este emite su informe por escrito en el plazo de 10 días.

Los interesados son **citados a la comparecencia** con al menos 15 días de antelación a su celebración, avisándoles de que deben acudir a aquella con los **medios de prueba** de que intenten valerse. La citación se practica en la forma prevenida en la LEC, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen.

Si alguno de los interesados fuera a formular **oposición**, debe hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se da traslado a la parte solicitante inmediatamente.

#### 9484 Celebración de la comparecencia

(LJV art.18)

La comparecencia se celebra ante el juez o el propio letrado de la Administración de Justicia, según quien tenga competencia para conocer del expediente, dentro del **plazo** de los 30 días siguientes a la admisión de la solicitud.



La comparecencia se sustancia por los **trámites** previstos en la LEC para la vista del juicio verbal (nº 5097 s. ) con las siguientes **especialidades**:

a) Si el **solicitante no asiste** a la comparecencia, el juez o el letrado de la Administración de Justicia, dependiendo de a quién corresponda la resolución del expediente, acuerda el archivo del expediente, teniéndole por desistido del mismo. Si **no asiste alguno de los demás citados**, se celebra el acto y continuará el expediente, sin más citaciones ni notificaciones que las que la ley disponga.

b) El **juez o el letrado de la Administración de Justicia**, según quien presida la comparecencia, **debe oír** al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga, y puede acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la **audiencia** de aquellos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente. Se garantiza, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles.

c) Si se plantean **cuestiones procesales**, incluidas las relativas a la competencia, que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el juez o el letrado de la Administración de Justicia, oídos los comparecientes, las resuelve oralmente en el propio acto.

d) Cuando el expediente afecte a los **intereses de un menor o persona con capacidad** modificada judicialmente, se practica también en el mismo acto o, si no fuera posible, en los 10 días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

El juez o el letrado de la Administración de Justicia pueden acordar que la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en **acto separado**, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantiza que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se extiende **acta** detallada y, siempre que sea posible, se graba en soporte audiovisual. Si ello tiene lugar después de la comparecencia, se da traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de 5 días.

e) En la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permite a los interesados formular oralmente sus **conclusiones**.

f) El desarrollo de la comparecencia se registra en soporte apto para la **grabación y reproducción** del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la LEC.

#### 9486 Resolución del expediente

(LJV art.19)

El expediente se resuelve por medio de auto o decreto, según corresponda la competencia al juez o al letrado de la Administración de Justicia, en el **plazo** de 5 días a contar desde la terminación de la comparecencia o, si esta no se hubiera celebrado, desde la última diligencia practicada.

Cuando el expediente afecte a los **intereses de un menor o persona con capacidad** modificada judicialmente, la decisión puede fundarse en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados. Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no puede iniciarse **otro sobre idéntico objeto**, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vincula a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel. Esto es de aplicación también respecto a los **expedientes tramitados por notarios y registradores** en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los letrados de la Administración de Justicia.

La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impide la incoación de un **proceso jurisdiccional posterior** con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

#### 9488 Recursos

(LJV art.20)

Contra las resoluciones interlocutorias dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria cabe **recurso de reposición**, en los términos previstos en la LEC (nº 5343 s. ). Si la resolución impugnada se hubiera acordado durante la celebración de la comparecencia, el recurso se tramitará y resolverá oralmente en ese mismo momento.

Las resoluciones definitivas dictadas por el juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden ser recurridas en **apelación** por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, conforme a lo dispuesto en la LEC (nº 5352 s. ). El recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario.

Si la decisión proviene del letrado de la Administración de Justicia, debe interponerse **recurso de revisión** ante el juez competente, en los términos previstos en la LEC (nº 5347 s. ).

**9490 Cumplimiento y ejecución de la resolución que pone fin al expediente**  
(LJV art.22)

La ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria **se rige** por lo establecido en la LEC, y en particular en los artículos 521 y 522, pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido.

Si cualquiera de los expedientes da lugar a un hecho o acto inscribible en el **Registro Civil**, se expide testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación.

Si la resolución fuera inscribible en el **Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público**, debe expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral. La remisión se realiza por medios electrónicos.

La **calificación de los registradores** se limita a la competencia del juez o letrado de la Administración de Justicia, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro.

## **B. Expedientes registrales y notariales**

**9495 Los registradores de la propiedad y mercantiles** se ocupan de los expedientes registrales, entre los que figuran la convocatoria de junta general de las sociedades o asamblea general de obligacionista cuando las entidades no lo hagan o el nombramiento de liquidadores, auditores o interventores.

Los **notarios** asumen funciones en materia sucesoria, mercantil y de obligaciones:

- expedientes relativos a la **declaración de herederos** cuando no haya testamento a favor de los parientes colaterales y la protocolización de testamentos manuscritos, cerrados u otorgados verbalmente salen de la jurisdicción voluntaria para configurarse como expedientes notariales;

- la **consignación de deudas** pecuniarias;

- la realización de **subastas voluntarias**;

- los actos de conciliación o nombramientos de peritos en **contratos de seguro** (que comparten con los letrados de la Administración de Justicia).

Además, la ley prevé que se pueda plantear ante los notarios un procedimiento para la **reclamación de deudas dinerarias** reconocidas y no contradichas.

En supuestos de **separación y divorcio**, en los casos de mutuo acuerdo e inexistencia de hijos menores o personas con capacidad modificada judicialmente, los ciudadanos también puede acudir al letrado de la Administración de Justicia o al notario, según lo estimen más conveniente.

9500	1. Estatuto General de la Abogacía Española. Modificaciones	9510
	2. Código deontológico	9520
	3. Carta de principios esenciales de la abogacía europea y código deontológico de los abogados europeos	9530
	4. Tabla de disposiciones	9555

## 1. Estatuto General de la Abogacía Española. Modificaciones

9510 Se han producido algunas reformas legales de gran trascendencia que han afectado de forma especial a la ordenación de las profesiones colegiadas; en concreto, la L 17/2009 , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la L 25/2009 , de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la L 2/2007 , de sociedades profesionales; la L 34/2006 , de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales y Reglamento que la desarrolla ( RD 775/2011 , de 3 de junio modificado por RD 150/2014 ); y la L 18/2011 , reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Ante estas modificaciones habidas en nuestro ordenamiento jurídico y para su adaptación a ellas, se procedió a la reforma tanto del Estatuto General (aprobado por el CGAE el 12 de junio de 2013, pendiente de su tramitación) como del Código deontológico de la Abogacía Española. No obstante, y mientras se tramitan tales modificaciones, se relacionan los artículos del Estatuto General de la Abogacía Española que se han visto, en mayor o menor medida, afectados por las reformas legislativas referidas:

Materia	Art. modificado
Protección de los consumidores y usuarios, escuelas de práctica jurídica, y criterios de honorarios	art.3.1 y 4
Título de licenciado	art.6, 11 y 13.1.c)
Entidad o mutua de previsión social alternativa al régimen de la Seguridad Social	art.13.2.d)
Comunicación de intervención	art.17.3 y 18
Incompatibilidades	art.21 a 24
Publicidad	art.25
Venia	art.26
Relación laboral especial en despachos de abogados	art.27
Ejercicio colectivo y ley de sociedades profesionales	art.27 a 29
Deber de información al cliente	art.42
Honorarios	art.44
Criterios de honorarios y cuotas de incorporación	art.53
Cuotas de incorporación	art.63.6
Escuelas de práctica jurídica y cuotas	art.68.d) y v)
Cuotas de incorporación	art.69
Incompatibilidades, publicidad y honorarios	art.84.a), b) y i)
Comunicación de intervención profesional y publicidad	art.85.b) y e)

Los artículos 24.1 y 63.f) del Estatuto General de la Abogacía Española se encuentran anulados por las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3 de julio de 2003 y 3 de marzo de 2003, respectivamente.

Fuente: [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es)

9520 En los últimos años se han producido unas reformas legales de gran trascendencia que han afectado de forma especial a la ordenación de las profesiones colegiadas; en concreto, nos referimos a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; la Ley 34/2006, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales y el Reglamento que la desarrolla, Real Decreto 775/2011, de 3 de junio; y la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Ante estas modificaciones habidas en nuestro ordenamiento jurídico y para su adaptación a ellas, este Consejo General está procediendo a la reforma tanto el Estatuto General como el Código deontológico de la Abogacía Española.

No obstante, y mientras se tramitan estas modificaciones, informamos que los siguientes artículos del Código Deontológico de la Abogacía Española se han visto, en mayor o menor medida, afectados por las reformas legislativas referidas:

Materia	Art. modificado
Incompatibilidades	art.2.5 y 6
Publicidad	art.7
Competencia desleal	art.8
Venia	art.9
Comunicación de intervención profesional	art.10.7
Hoja de encargo y deber de información	art.13
Honorarios	art.15
Cobertura de responsabilidad civil	art.21

Fuente: [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es)

Igualmente se comunica que el artículo 16 del citado Código, «Cuota litis», fue derogado por acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de fecha 21 de julio de 2010.

## PREÁMBULO

La función social de la Abogacía exige establecer unas normas deontológicas para su ejercicio. A lo largo de los siglos, muchos han sido los intereses confiados a la Abogacía, todos ellos trascendentales, fundamentalmente relacionados con el imperio del Derecho y la Justicia humana. Y en ese quehacer que ha trascendido la propia y específica actuación concreta de defensa, la Abogacía ha ido acrisolando valores salvaguardados por normas deontológicas necesarias no sólo al derecho de defensa, sino también para la tutela de los más altos intereses del Estado, proclamado hoy como social y democrático de Derecho.

Como toda norma, la deontológica se inserta en el universo del Derecho, regido por el principio de jerarquía normativa y exige, además, claridad, adecuación y precisión, de suerte que cualquier modificación de hecho o de derecho en la situación regulada, obliga a adaptar la norma a la nueva realidad legal o social.

Durante siglos, los escasos cambios operados en las funciones del Abogado y en la propia sociedad motivaron reducidas modificaciones en unas normas deontológicas que venían acreditándose eficaces para la alta función reservada al Abogado, casi siempre motivadas por drásticas convulsiones sociales, pero que terminaron devolviendo al Abogado su función y la normativa deontológica con que la desempeña.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX, desde el momento en que los Estados decididamente consagran la dignidad humana como valor supremo que informa todo el ordenamiento jurídico, cuando la función del Abogado alcanza su definitiva trascendencia, facilitando a la persona y a la sociedad en que se integra, la técnica y conocimientos necesarios para el consejo jurídico y la defensa de sus derechos. De nada sirven éstos si no se provee del medio idóneo para defender los que a cada cual le corresponden.

En una sociedad constituida y activada con base en el Derecho, que proclama como valores fundamentales la igualdad y la Justicia, el Abogado experto en leyes y conocedor de la técnica jurídica y de las estrategias procesales, se erige en elemento imprescindible para la realización de la Justicia, garantizando la información o asesoramiento, la contradicción, la igualdad de las partes tanto en el proceso como fuera de él, encarnando el derecho de defensa, que es requisito imprescindible de la tutela judicial efectiva. Por ello hoy el Abogado precisa, más que nunca, de unas

normas de comportamiento que permitan satisfacer los inalienables derechos del cliente, pero respetando también la defensa y consolidación de los valores superiores en los que se asienta la sociedad y la propia condición humana.

Recientemente, muchas han sido las reformas legislativas y muchos también los cambios políticos y sociales que han afectado al ejercicio profesional del Abogado en España.

El Consejo General de la Abogacía, atento a estos cambios, ha venido incorporando a las normas deontológicas, las que daban respuesta a cada modificación legal o cambio social. La importancia de alguno de estos cambios justificó incluso la redacción de reglamentos y disposiciones autónomas no incorporadas a nuestro Código Deontológico, aún cuando su naturaleza y función fueran estrictamente deontológicas, como el Reglamento de Publicidad aprobado por la Asamblea de Decanos de 19 de diciembre de 1997.

La decidida vocación de proveer a la Abogacía de los instrumentos más eficaces para abordar el siglo XXI exige ahora la compilación y puesta al día de las normas deontológicas que deben regir nuestra actividad profesional en un solo texto actualizado. Y ello sin abdicar de los principios que han venido caracterizando la actuación multiseccular del Abogado, cuya propia pervivencia acredita fehacientemente su medular función, pero también incorporando las más recientes experiencias derivadas de situaciones novedosas completamente ajenas al mundo de la Abogacía hasta hace bien poco.

El Conseil Consultatif des Barreaux Européens (CCBE), máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la Unión Europea, en la sesión plenaria celebrada en Lyon el 28 de noviembre de 1998, aprobó el Código Deontológico Europeo, cuya finalidad es la de establecer unas normas de actuación para el Abogado en el ejercicio profesional transfronterizo y otras básicas que representan las garantías mínimas exigibles para posibilitar el derecho de defensa de una forma efectiva. Ahora, el Consejo General de la Abogacía Española, asumiendo íntegramente el Código Deontológico Europeo, establece las normas mínimas de actuación de cualquier Abogado en el ámbito territorial del Estado español para garantizar la buena ejecución de su indispensable función a toda la sociedad española. Igual que no se concibe una doble, triple o múltiple deontología dentro de la Unión Europea, tampoco tendría sentido que en España la actuación del Abogado fuera sustancialmente diferente en cada una de las Comunidades Autónomas.

El Consejo General de la Abogacía Española acomete la redacción de la presente normativa consciente de que el interés general exige definir normas uniformes aplicables a todo Abogado del Estado Español, pero con absoluto respeto a las competencias de los Consejos Autonómicos y a los Colegios de Abogados a quienes corresponde ordenar el ejercicio profesional en los ámbitos territoriales que les son propios. Por ello las presentes normas tienen vocación de básicas, correspondiendo, en su caso, su desarrollo y adecuación, y en definitiva determinar el justo equilibrio de los intereses en juego, en su respectivo ámbito territorial, a los Consejos Autonómicos y a los Ilustres Colegios de Abogados.

En las presentes normas se regulan prácticas e instituciones tradicionales como la cuota litis y la venia junto a otras nuevas (tenencia de fondos de clientes), incluso algunas tradicionalmente proscritas (publicidad). Remozadas las primeras y acogidas las restantes a la luz del derecho comparado y de recientes pero enriquecedoras experiencias.

Perviven como principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de Abogado la independencia, la dignidad, la integridad, el servicio, el secreto profesional y la libertad de defensa.

La independencia del abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del Juez, dentro de un Estado de Derecho. El Abogado informa a su cliente de su

posición jurídica, de los distintos valores que se ponen en juego en cualquiera de sus acciones u omisiones, proveyéndole de la defensa técnica de sus derechos y libertades frente a otros agentes sociales, cuyos derechos y dignidad personal han de ser también tenidas en cuenta, y esta tan compleja como unívoca actuación del Abogado sólo sirve al ciudadano y al propio sistema del Estado de Derecho si está exenta de presión, si el Abogado posee total libertad e independencia de conocer, formar criterio, informar y defender, sin otra servidumbre que el ideal de Justicia. En ningún caso debe actuar coaccionado ni por complacencia.

La honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del Abogado. Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza Abogado-Cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión. El Abogado debe actuar siempre honesta y diligentemente, con competencia, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria, guardando secreto de cuanto conociere por razón de su profesión. Y si cualquier Abogado así no lo hiciere, su actuación individual afecta al honor y dignidad de toda la profesión.

La Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí mismo, y también el derecho a la intimidad. Ambos persiguen preservar la libertad y la vida íntima personal y familiar del ciudadano, cada vez más vulnerable a los poderes estatales y a otros poderes no siempre bien definidos. El ciudadano precisa del Abogado para conocer el alcance, la trascendencia de sus actos, y para ello, debe confesarle sus circunstancias más íntimas. El Abogado se convierte así en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen

sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que le sea comunicado por otro Abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto.

Correspondiendo a los principios fundamentales de la Abogacía se regulan las bases de las incompatibilidades y de la publicidad personal. El Abogado no puede poner en riesgo su libertad e independencia, su lealtad al cliente ni el secreto profesional y por ello el Código establece la prohibición de ejercer profesiones o desarrollar funciones que de modo directo o indirecto le creen cualquier tipo de presión física ó anímica que pueda poner en riesgo su independencia o la revelación de cualquier dato secreto que no solo podría perjudicar intereses particulares de los clientes sino que, además, afectaría gravemente a la confianza de los ciudadanos en el derecho de defensa, y por extensión a todo el sistema de garantías.

Debe dotarse de normas deontológicas a la publicidad personal, actividad hasta ahora estatutariamente restringida y que ha originado en los últimos años una gran actividad reglamentaria aperturista en los Consejos y Colegios. En el presente Código Deontológico se establecen las bases de la publicidad personal del Abogado, solo en cuanto afecta a la deontología profesional. La publicidad habrá de respetar los principios de dignidad, lealtad, veracidad y discreción, salvaguardando en todo caso el secreto profesional y la independencia del abogado. La función de concordia que impone al Abogado la obligación de procurar el arreglo entre las partes exige que la información no sea tendenciosa ni invite al conflicto o litigio.

La independencia del Abogado está íntimamente ligada con el principio de libertad de elección. El Abogado es libre de asumir la dirección de un asunto y el ciudadano lo es también de encomendar sus intereses a un abogado de su libérrima elección y cesar en la relación profesional en el momento que lo crea conveniente.

Esta absoluta libertad, podría poner en riesgo el propio derecho de defensa si entre la actuación profesional de un Abogado y la de su sustituto se produce un vacío de asistencia jurídica efectiva. Por ello, de la antigua institución de la «venia» conviene conservar la necesaria comunicación del sustituto al sustituido pero encomendando a éste una responsable actuación informativa, que ya venía sucediendo en la práctica.

Ello permite garantizar que el ciudadano no quedará en indefensión entre la actuación del sustituido y el sustituto, estableciendo un único momento en el que cesarán las responsabilidades de uno y comenzaran las del otro, y procurará, además, una importante información al sustituto en beneficio siempre de los intereses objeto de defensa.

El Abogado debe tener siempre presente la alta función que la sociedad le confía, que supone nada menos que la defensa efectiva de los derechos individuales y colectivos cuyo reconocimiento y respeto constituye la espina dorsal del propio Estado de Derecho. Por ello sólo puede encargarse de un asunto cuando esté capacitado para asesorarlo y defenderlo de una forma real y efectiva, y ello le obliga a adecuar e incrementar constantemente sus conocimientos jurídicos, y a solicitar el auxilio de los compañeros más expertos, cuando lo precise.

Por primera vez, se acomete la regulación de la tenencia de fondos de clientes. El ejercicio colectivo y multidisciplinar de la profesión de Abogado, junto a las técnicas que hoy ofrecen las entidades financieras, aconseja regular la tenencia de los fondos de clientes, manteniéndolos identificados, separados de los propios del bufete, y siempre a su disposición, lo que, contribuirá a la transparencia en la actuación del Abogado, fortaleciendo la confianza de su cliente.

Pocas variaciones experimentan las normas deontológicas reguladoras de las obligaciones y relaciones del Abogado con el Colegio, con los Tribunales, con los compañeros o con los clientes. Únicamente, se profundiza algo más en la salvaguarda de los valores fundamentales que informan el ejercicio profesional en la relación abogado-cliente. Y así, se concretan las obligaciones de información, se incrementan las precauciones para evitar el conflicto de intereses protegiendo la responsabilidad e independencia del abogado, estableciendo mecanismos que permitan identificar claramente el comienzo y final de su actuación y por tanto de su responsabilidad, y sobre todo insistiendo en el reconocimiento de su libertad para cesar en la defensa cuando no desee continuar en ella, libérrima decisión que garantiza permanentemente la independencia y que se corresponde con la que tiene el ciudadano para designar abogado de su elección en cualquier momento.

El sistema de libre elección de Abogado y de aceptación de defensa, experimentará disfunciones en la defensa por Justicia Gratuita, que se evitarían si también los ciudadanos con derecho a ella, pudieran elegir abogado de entre los inscritos en las listas del turno de Justicia Gratuita, lo que será posible si, como resulta deseable, la defensa se garantiza, en todo caso, mediante un sistema de ayuda legal más acorde con la realidad social, que posibilite al ciudadano, beneficiario de la Justicia Gratuita, la libre elección de abogado y a éste una digna retribución de su trabajo. En tanto no se modifiquen las normas que regulan la Justicia Gratuita, éstas condicionan tanto la libre designación de abogado como la libre aceptación de la defensa.

Se actualiza el concepto «cuota litis», que nunca fue considerado por la Abogacía incluido en el de honorarios. La «cuota litis», en cuanto asociación y participación con el cliente en el resultado del pleito, pone en riesgo la independencia y la libertad del abogado que deja de ser defensor para convertirse en socio de su cliente en pos de

un resultado material, lo que, además de adulterar la función de la defensa, provoca el desamparo o discriminación de los ciudadanos que han de reivindicar derechos de escasa entidad patrimonial o cuya tutela resulta dificultosa.

Las presentes normas deontológicas no imponen limitaciones a la libre y leal competencia sino que se erigen en deberes fundamentales de todos los abogados en el ejercicio de su función social en un Estado de Derecho, que exige desempeñarla con competencia, de buena fe, con libertad e independencia, lealtad al cliente, respeto a la parte contraria y guardando secreto de cuanto conociere por razón de su actuación profesional.

Corresponderá, en su caso, a los Consejos Autonómicos y a los Colegios adaptar las presentes normas deontológicas a las especificidades propias de sus respectivos ámbitos territoriales, divulgando su conocimiento, vigilando su cumplimiento y corrigiendo disciplinariamente su falta de observancia para garantizar la buena ejecución de la alta misión que nuestra sociedad ha confiado al Abogado, tarea en la que desempeñamos una verdadera función pública, para la que el Estado nos ha dotado de facultades normativas y disciplinarias también públicas.

### **Artículo 1.- Obligaciones éticas y deontológicas**

1. El abogado está obligado a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE) el 28 de noviembre de 1998, y en el presente Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, en los que en su caso tuvieren aprobado el Consejo de Colegios de la Autonomía, y los del concreto Colegio al que esté incorporado.

2. Cuando el abogado actúe fuera del ámbito del Colegio de su residencia, dentro o fuera del Estado español, deberá respetar, además de las normas de su Colegio, las normas éticas y deontológicas vigentes en el ámbito del Colegio de acogida o en el que desarrolle una determinada actuación profesional.

3. Los Consejos de Colegios de las diferentes Autonomías y los distintos Colegios habrán de remitir los Códigos Deontológico que tuvieren establecidos a la Secretaría General del Consejo General de la Abogacía Española y ésta obtendrá de la Secretaría del CCBE los de los demás países de la Unión Europea.

### **Artículo 2.- Independencia**

1. La independencia del abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el abogado constituye un derecho y un deber.

2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos.

3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores.

4. La independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia.

5. Su independencia prohíbe al abogado ejercer otras profesiones o actividades que la limiten o que resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía, así como asociarse o colaborar profesionalmente con empresas o profesionales que las ejerzan, o hacer uso, en relación con ellas, de las posibilidades contempladas en el artículo 29 del Estatuto.

### **Artículo 3.- Libertad de defensa**

1. El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes.

2. El abogado está obligado a ejercer su libertad de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional

3. El abogado está amparado en su libertad de expresión por el art.437.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

### **Artículo 4.- Confianza e integridad**

1. La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

2. El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.

3. En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo.

#### **Artículo 5.- Secreto profesional**

1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

3. El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo.

4. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional.

5. En caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo.

6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional.

7. Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo.

#### **Artículo 6.- Incompatibilidades**

1. El abogado que esté incurso en cualquier causa de incompatibilidad absoluta para el ejercicio de la abogacía, deberá solicitar su baja o pase a colegiado no ejerciente en todos los Colegios en que figurase como ejerciente. La solicitud habrá de formularse en el plazo de un mes desde que se produzca la causa de incompatibilidad, aunque desde que se produzca habrá de cesar en la realización de cualquier actividad profesional como abogado.

2. El abogado que esté incurso en cualquier causa de incompatibilidad respecto de un asunto o tipo de asuntos, deberá abstenerse de intervenir en los mismos. En caso de que la incompatibilidad sobrevenga una vez iniciada la actuación profesional, el abogado deberá cesar inmediatamente en la misma, evitando el riesgo de indefensión mientras se produzca la sustitución por otro letrado.

3. En los supuestos de ejercicio colectivo o en colaboración de la abogacía, las incompatibilidades de cualquiera de sus miembros o integrantes del colectivo, grupo o de sus colaboradores, se extienden al conjunto de todos ellos.

4. En su actuación profesional el abogado deberá respetar las normas sobre incompatibilidades del Colegio de acogida, además de las propias del Colegio de residencia.

#### **Artículo 7.- De la publicidad**

1. El abogado podrá realizar publicidad, que sea digna, leal y veraz, de sus servicios profesionales, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación existente sobre dichas materias, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas recogidas en el presente Código y las que, en su caso, dicte el Consejo Autonómico y el Colegio en cuyo ámbito territorial actúe.

2. Se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos:

a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.

b) Afectar a la independencia del abogado.

c) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado que se publicita.



- d) Hacer referencia directa o indirectamente a clientes del propio Abogado que utiliza la publicidad o a asuntos llevados por éste, o a sus éxitos o resultados.
- e) Dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva, o a sus herederos o causahabientes.
- f) Establecer comparaciones con otros abogados o con sus actuaciones concretas o afirmaciones infundadas de auto alabanza.
- g) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, ya que su uso se encuentra reservado únicamente a la publicidad institucional que, en beneficio de la profesión en general, sólo pueden realizar los Colegios, Consejos Autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española.
- h) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.
- i) Utilizar medios o expresiones, audiovisuales o escritos que supongan un descrédito, denigración y menosprecio de la Abogacía, de la Justicia y de sus símbolos.
- j) No identificar al Abogado o Bufete Colectivo que ofrece sus servicios.
- k) Utilizar medios o contenidos contrarios a la dignidad de las personas, de la Abogacía o de la Justicia.

### **Artículo 8.- Competencia desleal**

1. El Abogado no puede proceder a la captación desleal de clientes.
2. Son actos de competencia desleal todos aquellos que contravengan las normas tanto estatales como autonómicas que tutelen la leal competencia y en especial los siguientes:
  - a) La utilización de procedimientos publicitarios directos e indirectos contrarios a las disposiciones de la Ley General de Publicidad, y a las normas específicas sobre publicidad contenidas en el presente Código Deontológico y restantes normas complementarias.
  - b) Toda práctica de captación directa o indirecta de clientes que atenten a la dignidad de las personas o a la función social de la Abogacía.
  - c) La utilización de terceros como medio para eludir las obligaciones deontológicas. Se considerará responsable al abogado o abogados favorecidos por tal publicidad en caso de incumplimiento del art.28.3 del Estatuto General de la Abogacía Española en tanto no acrediten su total ajeneidad y su dimisión inmediata del encargo profesional al tener conocimiento de aquella.
  - d) La percepción o el pago de contraprestaciones infringiendo las normas legales sobre competencia y las establecidas en este Código Deontológico.
  - e) La contravención de los artículos 15 y 16 de este Código, y/o la prestación de servicios gratuitos que suponga la venta a pérdida en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal. 14

### **Artículo 9.- Sustitución del Abogado**

1. Para asumir la dirección de un asunto profesional encomendado a otro letrado, deberá solicitar su venia, si no constare su renuncia; y en todo caso, comunicárselo con la mayor antelación posible a su efectiva sustitución.  
El Letrado sustituido deberá facilitar a quien le continúe toda la información de la que dispusiere y colaborar en lo necesario para garantizar el derecho de defensa del cliente.
2. El abogado que suceda a otro en la defensa de los intereses de un cliente, deberá colaborar diligentemente para que este atienda los honorarios debidos al sustituido, sin perjuicio de las discrepancias legítimas entre uno y otro.
3. No será de aplicación lo previsto en los apartados anteriores si el encargo profesional se desempeña en régimen de dependencia laboral del cliente.
4. Si fuera precisa la adopción de medidas urgentes en interés del cliente, antes de que pueda darse cumplimiento a las condiciones fijadas anteriormente, el Abogado podrá adoptarlas, informando previamente a su predecesor y poniéndolo en conocimiento anticipado del Decano del Colegio en cuyo ámbito actúe.
5. La venia no podrá denegarse, y el letrado sustituido deberá facilitar a quien le continúe, toda la documentación e información de la que dispusiere y colaborar en lo necesario en aras a garantizar el derecho de defensa del cliente.
6. Sin perjuicio de la corrección disciplinaria del Letrado que incumpla injustificadamente las reglas anteriores, la sustitución de un Abogado por otro en un acto procesal, sin previa comunicación al relevado, se considerará falta muy grave, por afectar a la eficacia de la defensa y a la dignidad de la profesión.

### **Artículo 10.- Relación con el colegio**

El abogado está obligado a:

1. Cumplir lo establecido en el Estatuto General de la Abogacía, en los Estatutos de los Consejos Autonómicos y en los de los Colegios en los que ejerza la profesión, así como la demás normativa de la Abogacía y los acuerdos y decisiones de los Organos de Gobierno en el ámbito correspondiente.
2. Respetar a los Organos de Gobierno y a los miembros que los componen, debiendo atender con la máxima diligencia las comunicaciones y citaciones emanadas de tales órganos o de sus miembros, en el ejercicio de sus funciones.
3. Contribuir al mantenimiento de las cargas colegiales y demás imputaciones económicas del Colegio en la forma y tiempo que se hayan establecido.
4. Poner en conocimiento del Colegio todo acto de intrusismo, así como los supuestos de ejercicio ilegal, tanto por la no colegiación cuanto por hallarse suspendido o inhabilitado el denunciado, en los supuestos de que tenga noticia el abogado.
5. Poner en conocimiento del Colegio los agravios de que tanto él como cualquiera de sus compañeros hubieran sido objeto con ocasión o como consecuencia del ejercicio profesional.
6. Comunicar al Colegio las circunstancias personales que afecten al ejercicio profesional, tales como cambios de domicilio, ausencias superiores a un mes o supuestos de enfermedad o invalidez por igual tiempo, sin proveer al cuidado de sus asuntos.
7. Los abogados que ejerzan en territorio diferente al de su colegiación estarán obligados a comunicarlo al Colegio en que vayan a hacerlo en la forma que establezca el Consejo General de la Abogacía Española o, en su caso, los Consejos Autonómicos, así como a consignar en todos los escritos y actuaciones que firmen, el Colegio al que estuviesen incorporados, el número de colegiado, y en el primer escrito o actuación, además, harán constar la fecha de la comunicación.

#### **Artículo 11.- Relación con los Tribunales**

1. Son obligaciones de los Abogados para con los órganos jurisdiccionales:

- a) Actuar ante ellos con buena fe, lealtad y respeto.
- b) Colaborar en el cumplimiento de los fines de la Administración de Justicia.
- c) Guardar respeto a todos cuantos intervienen en la administración de Justicia exigiendo a la vez el mismo y recíproco comportamiento de estos respecto de los Abogados.
- d) Exhortar a sus patrocinados o clientes a la observancia de conducta respetuosa respecto de las personas que actúan en los Órganos Jurisdiccionales.
- e) Contribuir a la diligente tramitación de los asuntos que se le encomienden y de los procedimientos en los que intervenga.
- f) Mantener la libertad e independencia en el ejercicio del derecho de defensa, con absoluta corrección, poniendo en conocimiento del Tribunal correspondiente y del Colegio de Abogados cualquier injerencia en aquellas.

En sus actuaciones y escritos, el Letrado evitará toda alusión personal, directa o indirecta, oral, escrita o mediante gestos, sea de aprobación o de reproche, al Tribunal y a cualquier persona relacionada con el mismo o que ante él intervenga, así como a los demás Letrados.

g) Por respeto al carácter contradictorio de los juicios, no podrá entregar pruebas, notas u otros documentos al Juez en forma diferente a lo establecido en las normas procesales aplicables.

Tampoco podrá divulgar o someter a los tribunales una propuesta de arreglo amistoso hecha por la parte contraria o su Abogado, sin autorización expresa de aquella.

h) Cumplir los horarios en las actuaciones judiciales y poner en conocimiento del Colegio cualquier retraso injustificado de los Juzgados y Tribunales superior a media hora.

i) Comunicar con la debida antelación al Juzgado o Tribunal y a los compañeros que intervengan, cualquier circunstancia que le impida a él o a su cliente acudir puntualmente a una diligencia.

2. Las anteriores normas serán igualmente aplicables a las relaciones con árbitros y mediadores.

#### **Artículo 12.- Relaciones entre Abogados**

1. Los Abogados deben mantener recíproca lealtad, respeto mutuo y relaciones de compañerismo.

2. El Abogado de mayor antigüedad en el ejercicio profesional debe prestar desinteresadamente orientación, guía y consejo de modo amplio y eficaz a los de reciente incorporación que lo soliciten. Recíprocamente éstos tienen el

derecho de requerir consejo y orientación a los abogados experimentados, en la medida que sea necesaria para cumplir cabalmente con sus deberes.

3. El Abogado que pretenda iniciar una acción, en nombre propio o como Abogado de un cliente, contra otro compañero por actuaciones profesionales del mismo, habrá de comunicarlo previamente al Decano, por si considera oportuno realizar una labor de mediación.

4. En los escritos judiciales, en los informes orales y en cualquier comunicación escrita u oral, el Abogado mantendrá siempre el más absoluto respeto al abogado de la parte contraria, evitando toda alusión personal.

5. El Abogado desarrollará sus mejores esfuerzos propios para evitar acciones de violencia, de la clase que sean, contra otros abogados defensores de intereses opuestos, debiéndolas prevenir e impedir por todos los medios legítimos, aunque provinieren de sus propios clientes a los que exigirá respetar la libertad e independencia del Abogado contrario.

6. El Abogado, en sus comunicaciones y manifestaciones con el Abogado de la parte contraria, no comprometerá a su propio cliente con comentarios o manifestaciones que puedan causarle desprestigio o lesión directa o indirecta.

7. El Abogado debe procurar la solución extrajudicial de las reclamaciones de honorarios propias o de otros compañeros, mediante la transacción, la mediación o el arbitraje del Colegio. Es conducta reprobable la impugnación de honorarios realizada de forma maliciosa o fraudulenta así como cualquier otro comentario en el mismo sentido respecto a los honorarios o condiciones económicas de otro compañero.

8. Las reuniones entre Abogados y sus clientes se procurará celebrarlas en lugar que no suponga situación privilegiada para ninguno de los Abogados intervinientes y se recomienda la utilización de las dependencias del Colegio de Abogados, cuando no exista acuerdo sobre el lugar de celebración de las reuniones. No obstante, si la reunión hubiere de celebrarse en el despacho de alguno de los Abogados intervinientes, será en el de aquél que tuviere mayor antigüedad, salvo que se trate del Decano o de un Ex-Decano, en cuyo caso será en el de éstos, a no ser que se decline expresamente el ofrecimiento. La norma deberá cumplirse, aunque uno o más de los Abogados presten sus servicios profesionales en empresas, entidades bancarias o de ahorro.

9. El Abogado debe recibir siempre y con la máxima urgencia al compañero que le visite en su despacho y con preferencia a cualquier otra persona, sea o no cliente, que guarde espera en el despacho. En caso de imposibilidad de inmediata atención, dejará momentáneamente sus ocupaciones para saludar al compañero y excusarse por la espera.

10. El Abogado debe atender inmediatamente las comunicaciones escritas o telefónicas de otros abogados y estas últimas debe hacerlas personalmente.

11. El Abogado que esté negociando con otro compañero la transacción o solución extrajudicial de un asunto vendrá obligado a notificarle el cese o interrupción de la negociación, así como a dar por terminadas dichas gestiones, antes de presentar reclamación judicial.

12. Las comunicaciones con abogados extranjeros deben ser consideradas también de carácter confidencial o reservado, siendo recomendable se requiera previamente del colega extranjero su aceptación como tales

13. El Abogado que se comprometa a ayudar a un colega extranjero tendrá siempre en cuenta que el compañero ha de depender de él en mayor proporción que si se tratase de abogados del propio país y por tanto se abstendrá de aceptar gestiones para las que no esté suficientemente capacitado, facilitando al Letrado extranjero información sobre otros abogados con la preparación específica para cumplir el encargo.

### **Artículo 13.- Relaciones con los clientes**

1. La relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza. Dicha relación puede verse facilitada mediante la suscripción de la Hoja de Encargo.

2. El Abogado sólo podrá encargarse de un asunto, por mandato de su cliente, encargo de otro Abogado que represente al cliente, o por designación colegial. El Abogado deberá comprobar la identidad y facultades de quien efectúe el encargo.

Es obligación del abogado identificarse ante la persona a la que asesora y defiende, incluso cuando lo hiciere por cuenta de un tercero a fin de asumir las responsabilidades civiles y deontológicas que, en su caso, correspondan. En el supuesto de consulta telefónica o por red informática con un despacho o asesoría cuyos abogados son desconocidos para el comunicante, esta identificación, así como la del Colegio al que pertenece, es la primera e inmediata obligación del abogado interlocutor.

3. El Abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de justificar su decisión.

Así mismo el Abogado podrá abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente. Deberá hacerlo siempre que concurren circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación de secreto profesional.

El Abogado que renuncie a la dirección Letrada de un asunto habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente. Cuando se trate de defensa asumida por designación colegial, la aceptación, rechazo, abstención o cese habrá de acomodarse a las normas sobre justicia gratuita y sobre este tipo de designaciones.

4. El Abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio abogado. Caso de conflicto de intereses entre dos clientes del mismo Abogado, deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos.

Sin embargo el Abogado podrá intervenir en interés de todas las partes en funciones de mediador o en la preparación y redacción de documentos de naturaleza contractual, debiendo mantener en tal supuesto una estricta y exquisita objetividad.

5. El Abogado no podrá aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente, cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente.

6. El Abogado deberá, asimismo, abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia.

7. Cuando varios Abogados formen parte o colaboren en un mismo despacho, cualquiera que sea la forma asociativa utilizada, las normas expuestas serán aplicables al grupo en su conjunto, y a todos y cada uno de sus miembros.

8. El Abogado no aceptará ningún asunto si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo, a menos que colabore con un Abogado que lo sea.

9. El Abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo:

a) Su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto.

b) Importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios, o de las bases para su determinación.

c) Si por sus circunstancias personales y económicas tiene la posibilidad de solicitar y obtener los beneficios de la asistencia Jurídica Gratuita.

d) Todas aquellas situaciones que aparentemente pudieran afectar a su independencia, como relaciones familiares, de amistad, económicas o financieras con la parte contraria o sus representantes.

e) La evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio.

10. El Abogado asesorará y defenderá a su cliente con diligencia, y dedicación, asumiendo personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que recabe.

11. El Abogado tiene la obligación, mientras esté asumiendo la defensa, de llevarla a término en su integridad, gozando de plena libertad a utilizar los medios de defensa, siempre que sean legítimos y hayan sido obtenidos lícitamente, y no tiendan como fin exclusivo a dilatar injustificadamente los pleitos.

12. La documentación recibida del cliente estará siempre a disposición del mismo, no pudiendo en ningún caso el Abogado retenerla, ni siquiera bajo pretexto de tener pendiente cobro de honorarios. No obstante podrá conservar copias de la documentación.

#### **Artículo 14.- Relaciones con la parte contraria**

1. El Abogado ha de abstenerse de toda relación y comunicación con la parte contraria cuando le conste que está representada o asistida por otro Abogado, manteniendo siempre con éste la relación derivada del asunto, a menos que el compañero autorice expresamente el contacto con su cliente.

2. Cuando la parte contraria no disponga de abogado, deberá recomendarle que designe uno. Y si a pesar de ello, insistiera en su decisión de no tener Abogado propio, el interviniente deberá evitar toda clase de abuso.

#### **Artículo 15.- Honorarios**

El Abogado tiene derecho a percibir retribución u honorarios por su actuación profesional, así como el reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal.

Los honorarios han de ser percibidos por el Abogado que lleve la dirección efectiva del asunto, siendo contraria a la dignidad de la profesión la partición y distribución de honorarios entre Abogados excepto cuando:

- a) Responda a una colaboración jurídica
- b) Exista entre ellos ejercicio colectivo de la profesión en cualquiera de las formas asociativas autorizadas
- c) Se trate de compensaciones al compañero que se haya separado del despacho colectivo
- d) Constituyan cantidades abonadas a los herederos de un compañero fallecido.

Igualmente le estará prohibido al Abogado compartir sus honorarios con persona ajena a la profesión, salvo los supuestos de convenios de colaboración con otros profesionales, suscritos con sujeción al Estatuto.

#### **Artículo 16.- Cuota litis**

\* Suspendido de vigencia y eficacia por acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 10 de diciembre de 2002 y acuerdo del Pleno del CGAE de fecha 21 de julio de 2010.

#### **Artículo 17.- Provisión de fondos**

El Abogado tiene derecho a solicitar y percibir la entrega de cantidades en concepto de fondos a cuenta de los gastos suplidos, o de sus honorarios, tanto con carácter previo como durante la tramitación del asunto. Su cuantía deberá ser acorde con las previsiones del asunto y el importe estimado de los honorarios definitivos.

La falta de pago de la provisión autorizará a renunciar o condicionar el inicio de las tareas profesionales, o a cesar en ellas.

#### **Artículo 18.- Impugnación de honorarios**

Constituye infracción deontológica la conducta del Abogado que reiteradamente intente percibir honorarios que hayan sido objeto de impugnaciones procedentes o de quejas justificadas por razón de su importe excesivo. También será infracción deontológica la conducta del Abogado que impugne sin razón y con carácter habitual las minutas de sus compañeros o induzca o asesore a los clientes a que lo hagan.

#### **Artículo 19.- Pagos por captación de clientela**

El Abogado no podrá nunca pagar, exigir ni aceptar, comisiones, ni ningún otro tipo de compensación a otro Abogado, ni a ninguna otra persona por haberle enviado un cliente o recomendado a posibles clientes futuros.

#### **Artículo 20.- Tratamiento de fondos ajenos**

1. Cuando el Abogado éste en posesión de dinero o valores de clientes o de terceros, estará obligado a tenerlos depositados en una o varias cuentas específicas abiertas en un banco o entidad de crédito, con disposición inmediata. Estos depósitos no podrán ser concertados ni confundidos con ningún otro depósito del abogado, del bufete, del cliente o de terceros.

2. Salvo disposición legal, mandato judicial o consentimiento expreso del cliente o del tercero por cuenta de quien se haga, queda prohibido cualquier pago efectuado con dichos fondos. Esta prohibición comprende incluso la detracción por el Abogado de sus propios honorarios, salvo autorización para hacerlo recogida en la hoja de encargo o escrito posterior del cliente y, naturalmente, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan solicitarse y obtenerse de los Tribunales de Justicia.

3. El Abogado que posea fondos ajenos en el marco de una actividad profesional ejercida en otro Estado Miembro de la UE deberá observar las normas sobre depósito y contabilización de los fondos ajenos en vigor en el Colegio a que pertenezca en el Estado Miembro de origen.

4. Los abogados tienen la obligación de comprobar la identidad exacta de quien les entregue los fondos.

5. Cuando el abogado reciba fondos ajenos con finalidades de mandato, gestión o actuación diferente a la estrictamente profesional, quedará sometido a la normativa general sobre tal clase de actuaciones.

#### **Artículo 21.- Cobertura de la responsabilidad civil**

1. El Abogado deberá tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique.

2. El Abogado que preste servicios profesionales en otro Estado Miembro de UE de acogida diferente de aquel donde este incorporado, deberá cumplir las disposiciones relativas a la obligación de tener un seguro de responsabilidad civil profesional conforme a las exigencias del Estado Miembro de origen y del Colegio de acogida.

#### **DISPOSICIÓN DEROGATORIA**

Queda derogado el Código Deontológico aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía en fecha 30 de junio de 2000.

## DISPOSICIÓN FINAL

Las presentes normas deontológicas entrarán en vigor el uno de enero de dos mil tres.

### 3. Carta de principios esenciales de la abogacía europea y código deontológico de los abogados europeos

---

9530 El Consejo de la Abogacía Europea tiene como misión principal representar a los colegios de abogados y Consejos de la Abogacía miembros, sean estos miembros plenos (aquellos pertenecientes a la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o Confederación Suiza), o miembros asociados y observadores, en todas materias de interés común relacionadas con el ejercicio de la profesión de Abogado, el desarrollo del Derecho y de la práctica relativa al Estado de Derecho y la administración de Justicia, así como desarrollos sustantivos de la ley propiamente dicha, tanto a nivel Europeo como Internacional (Artículo III 1.a del Estatuto de CCBE).

En este sentido, es la representación oficial de los Consejos y Colegios de abogados, que comprenden en total más de 1.000.000 de abogados europeos. CCBE ha adoptado dos textos preparatorios, incluidos en este documento, ambos complementarios pero de naturaleza muy diferente.

El más reciente es la **Carta de principios fundamentales de la abogacía**, adoptado en la sesión plenaria en Bruselas del 24 de noviembre de 2006. La Carta no fue concebida como un Código Deontológico. El objetivo es que se aplique en toda Europa, llegando incluso más allá de los Estados miembros, asociados y observadores de CCBE. La Carta contiene una lista de diez principios fundamentales compartidos por las normas nacionales e internacionales que regulan la Abogacía.

La Carta pretende, entre otras cosas, ayudar a las Abogacías que luchan por lograr su independencia, así como mejorar la comprensión entre los abogados, de la importancia del papel de la Abogacía en la sociedad. La Carta está dirigida tanto a los propios abogados como a los legisladores y al público en general.

El **Código Deontológico de la Abogacía Europea** data del 28 de octubre de 1988. Este texto ha sufrido enmiendas en tres ocasiones; La última enmienda tuvo lugar en la sesión plenaria de Oporto, el 19 de mayo de 2006. Se trata de un texto legal en todos los Estados miembros: Todos los abogados miembros de Colegios de abogados de estos países (sean miembros plenos, asociados u observadores de CCBE) deben cumplir con el Código en sus actividades transfronterizas en la Unión Europea, Espacio Económico Europeo y Confederación Suiza, así como con los países asociados y observadores.

Los dos textos incluyen, un comentario en el primer caso, y un memorando explicativo en el segundo. No es necesario enfatizar la importancia de la serie de normas establecidas en estos dos documentos, que representan la base de la Deontología de la Abogacía europea, contribuyendo a configurar el concepto de Abogacía europea y de Consejo General de la Abogacía europea.

31 de enero de 2008.

#### **CARTA DE PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA ABOGACÍA EUROPEA (1)**

«En una sociedad basada en el respeto de la justicia, el abogado desempeña un eminente papel. Su misión no se limita a la fiel ejecución de un mandato en el marco de la ley. El abogado debe garantizar que se respete el Estado de Derecho y los intereses de aquellos a los que defiende en sus derechos y libertades. El deber del abogado no es únicamente defender un asunto sino ser asimismo asesor del cliente. El respeto de la función del abogado es una condición esencial al Estado de Derecho y a una sociedad democrática.»

*Código deontológico de los abogados europeos del CCBE, artículo 1.1*

Existen principios esenciales que, incluso si se encuentran recogidos de manera levemente diferente en los diversos sistemas jurídicos, resultan comunes a todos los abogados europeos. Estos principios esenciales son la base de diversos códigos nacionales e internacionales que rigen la deontología del abogado. Los abogados europeos están sometidos a esos principios, que resultan esenciales a la buena administración de justicia, al acceso a la justicia y al derecho a un juicio justo, tal y como exige el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En aras del interés general, los Colegios de Abogados, los tribunales, los legisladores, los gobiernos y las organizaciones internacionales deben hacer respetar y proteger esos principios esenciales.

Los principios esenciales de los abogados son, en particular:

- (a) la independencia y la libertad de garantizar la defensa y el asesoramiento de su cliente;
- (b) el respeto del secreto profesional y de la confidencialidad de los asuntos que le ocupan;

- (c) la prevención de los conflictos de interés, bien sea entre varios clientes o entre el cliente y él mismo;
- (d) la dignidad, el honor y la integridad;
- (e) la lealtad respecto a su cliente;
- (f) la probidad en materia de honorarios;
- (g) la competencia profesional;
- (h) el respeto de la confraternidad;
- (i) el respeto del Estado de Derecho y la contribución a la buena administración de la justicia;
- (j) la autorregulación de su profesión.

### **Comentario a la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea (2)**

1. El 25 de noviembre de 2006, CCBE aprobó por unanimidad la «Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea». Esta Carta contiene una lista de diez principios comunes a toda la Abogacía Europea. De entre ellos, es básico el derecho a una defensa letrada, piedra angular de todos los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

2. Los principios esenciales expresan el marco común que subyace en las normas nacionales e internacionales que regulan la conducta de los abogados europeos.

3. La Carta tiene en consideración:

- las normas nacionales profesionales de los Estados europeos, incluyendo las normas de los estados que no pertenecen al CCBE pero que también comparten los principios comunes del ejercicio de la Abogacía,
- el Código Deontológico del CCBE para la Abogacía Europea,
- los Principios de Aplicación General en el Código de Ética Internacional de la Asociación Internacional de la Abogacía (IBA, en sus siglas en inglés).
- recomendación Rec (2000) del 21 al 25 de octubre de 2000 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para los Estados miembros sobre la libertad en el ejercicio de la profesión de abogado.
- los Principios Básicos de la Profesión de Abogado, aprobados en el VIII Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Cuba entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990,
- jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE, y en especial, la sentencia de 19 de febrero de 2002 del TJCE en el caso *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (C-309/99)*
- la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de la Unión Europea de Derechos Fundamentales,
- la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Abogacía y el interés general en el funcionamiento de los sistemas legales de 23 de marzo de 2006

4. La Carta está diseñada para servir como un documento paneuropeo, que abarca más allá de los estados miembros y observadores del CCBE. Se espera que la Carta pueda servir de ayuda a los Colegios de Abogados que luchan por establecer su independencia en las democracias emergentes de Europa.

5. Se espera que la Carta favorezca el entendimiento entre abogados, los procesos de toma de decisión, la importancia pública del papel de los abogados en la sociedad, y la manera en que los principios que regulan la abogacía apoyan este papel.

6. El papel de los abogados, ejercido tanto de manera individual como corporativa o incluso estatal, deberá entenderse en tanto que asesor y representante de confianza de cada cliente, como profesional respetado por terceras partes, siendo participante indispensable en una Administración de Justicia imparcial. Para plasmar todos estos elementos, el abogado que sirve fielmente los intereses de su cliente y protege sus derechos, debe también desempeñar su función en la sociedad - prevención de conflictos, garantizar que éstos sean resueltos de acuerdo con los principios de la ley civil y penal, en consonancia con sus derechos e intereses, para favorecer el desarrollo futuro del Derecho y la defensa de la libertad, la justicia y el Estado de Derecho.

7. El CCBE confía en que los jueces, legisladores, gobiernos y organizaciones internacionales se esfuercen así como los Colegios de Abogados, ratifiquen los principios establecidos en esta Carta.

8. La Carta comienza con un extracto del preámbulo del Código Deontológico Europeo, que dice:

*«El respeto a la función profesional de los abogados es una condición esencial del Estado de Derecho y la democracia en la Sociedad»*

El Estado de Derecho está íntimamente ligado a la democracia tal y como se entiende hoy en día en Europa.

9. El párrafo introductorio de la Carta determina que los principios en ella contenidos son esenciales para establecer la imparcialidad de la Administración de Justicia, el acceso a la Justicia y el derecho a un proceso justo, tal y como requiere la Convención Europea de Derechos Humanos. Los abogados y sus Colegios y Asociaciones continuarán estando en la vanguardia de la promoción de estos derechos, tanto en las nuevas democracias emergentes, como en aquellas más consolidadas que puedan ver amenazados sus derechos.

#### **Principio (a) - independencia del abogado y libertad para ejercer en sus casos:**

El abogado debe ser libre política, económica e intelectualmente en el ejercicio de su actividad como asesor y representante del cliente. Así pues, debe ser independiente del Estado y de otros grupos de poder, y no debe permitir que su independencia se vea comprometida por las presiones indebidas de intereses económicos o de sus propios socios. El abogado también debe ser independiente de su cliente, puesto que ostenta también la confianza de terceras partes y de los Tribunales. Efectivamente, sin esta independencia de sus clientes, no podría haber garantías sobre la calidad de su trabajo como abogado. La pertenencia del abogado a una profesión liberal y la autoridad derivada de esa pertenencia, ayudan a conservar su independencia y los Colegios de abogados deben velar, de igual manera, por la independencia de sus miembros. La autorregulación de la profesión se ve, entonces, como un apoyo vital para mantener la condición de independencia. Es significativo que en las sociedades oprimidas, los abogados no puedan ejercer la defensa de sus clientes e incluso sean encarcelados o asesinados por intentarlo.

#### **Principio (b) - respeto y deber de confidencialidad para con sus clientes y secreto profesional**

Es esencial dentro de la función de abogado que sus clientes le refieran asuntos que nadie más conoce - informaciones personales muy íntimas o secretos comerciales de gran valor - de acuerdo con la confianza que depositan en él. Sin la certeza de esta confidencialidad, no podría haber confianza. La Carta señala la naturaleza dual de este principio - mantener la confidencialidad no sólo es deber del abogado sino también un derecho fundamental del cliente. Las normas sobre el secreto profesional prohíben que las comunicaciones entre abogado y cliente sean usadas en contra del cliente. En algunas jurisdicciones el derecho de confidencialidad es visto como perteneciente sólo al cliente, mientras que en otras, el secreto profesional puede requerir que el abogado mantenga el secreto de las comunicaciones respecto del abogado de la parte contraria, de acuerdo con la confidencialidad. El principio (b) enmarca todos estos conceptos interrelacionados: secreto profesional, confidencialidad y privilegio legal profesional. Este deber del abogado se mantiene incluso aunque haya cesado la defensa de su cliente.

#### **Principio (c) - Evitar los conflictos de intereses tanto entre diferentes clientes como entre abogado y cliente:**

En el ejercicio de su profesión, el abogado debe evitar conflictos de intereses. Así pues, un abogado no puede defender a dos clientes en el mismo asunto, si existiera conflicto o riesgo de que se produjera entre ambos. Igualmente, un abogado debe abstenerse de actuar para un cliente nuevo si sigue en posesión de información confidencial relativa al asunto, obtenida de otro cliente anterior. Tampoco debe aceptarlo si hay un conflicto entre el cliente y él mismo. Si el conflicto de interés surge durante la defensa de un cliente, el abogado debe cesar la actuación. Como podemos observar, este principio está íntimamente ligado a los principios de confidencialidad (b), independencia (a) y lealtad (e).

#### **Principio (d) - Dignidad y honor de la Abogacía e integridad del abogado:**

Para ser respetado por los clientes, terceras partes, Tribunales y Estado, el abogado debe demostrar que es digno merecedor de tal confianza. Alcanza dicha dignidad al pertenecer a una honorable profesión; el corolario es que el abogado no debe hacer nada que dañe ni su reputación ni la de la profesión, vista la confianza general depositada en la profesión. Esto no significa que el abogado deba tener un comportamiento perfecto, pero sí implica que no debe tener una conducta vergonzosa, ni en su ejercicio como abogado ni en los negocios o en la vida privada, ya que deshonoraría a la profesión. Este tipo de conductas vergonzosas pueden dar lugar a sanciones incluyendo, en los casos más serios, la expulsión de la profesión.

#### **Principio (e) - lealtad al cliente:**

La lealtad al cliente es la esencia del rol de abogado. El cliente debe poder confiar en el abogado como asesor y como representante. Para ser fiel a su cliente, el abogado debe ser independiente (mirar principio (a)), debe evitar conflictos de intereses (mirar principio (c)) y debe garantizar la confidencialidad al cliente (mirar principio (b)). Algunos de los problemas más delicados de la conducta profesional surgen de la interacción entre los principios de lealtad al cliente y los principios contenidos dentro de los amplios deberes de los abogados (principio (d) dignidad y honor y principio (h) respeto hacia los colegas de profesión y, en especial, el principio (i), que responde al respeto al Estado de Derecho y a una administración de justicia justa). En consonancia con estos asuntos, el abogado debe actuar con claridad, sin comprometer sus deberes con los Tribunales ni con la Administración de Justicia en el ejercicio de su actuación en nombre del cliente.

#### **Principio (f) - tratamiento justo de clientes en relación con los honorarios:**

Los honorarios de un abogado deben ser presentados al cliente de manera desglosada, deben ser justos y razonables y deben cumplir con el Derecho y las normas de la profesión a las que el abogado está sujeto. Aunque los Códigos Deontológicos (principio (c) de esta Carta) expresen la importancia de evitar conflictos de intereses entre abogado



y cliente, la cuestión de los honorarios de los abogados presenta un problema semejante. En consecuencia, este principio implica la necesidad de una normativa profesional para velar que el cliente no pague más de lo debido.

### **Principio (g): la competencia profesional**

Es obvio que un abogado no puede aconsejar o representar a su cliente sino ha recibido una formación adecuada. Actualmente la formación de post-grado (continuación y mejora de la formación profesional) ha adquirido una importancia creciente como respuesta a los rápidos cambios sufridos en el Derecho y la práctica del mismo y los nuevos avances tecnológicos y económicos. Las diferentes normativas profesionales recogen, en ocasiones, que un abogado no debe actuar en un asunto para el que no es competente.

### **Principio (h) - respeto a los compañeros de profesión**

Este principio representa más que la afirmación de la necesidad de cortesía entre compañeros - aunque esto es importante para el desarrollo de los asuntos contenciosos en los que están involucrados los abogados en nombre de sus clientes. El principio establece que el papel de los abogados como intermediarios en quienes se confía que dicen la verdad, cumplen con la normativa profesional y mantienen sus promesas. La propia Administración de Justicia establece que los abogados se comporten con respeto para con los demás compañeros, para que los asuntos contenciosos sean resueltos de manera civilizada. Asimismo, a favor del interés general, el abogado debe actuar de buena fe en sus relaciones con los demás y no engañar. El respeto mutuo entre colegas facilita el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, ayuda en la resolución de conflictos a través de acuerdos, y demuestra el interés por sus clientes.

### **Principio (i) - Respeto al Estado de Derecho y a la Administración de Justicia:**

Hemos caracterizado parte del papel del abogado como participante en la Administración de Justicia. La misma idea es a veces expresada cuando se describe al abogado como «agente de los Tribunales» o como «ministro de Justicia». Un abogado nunca debe dar falsas informaciones deliberadamente a los Tribunales, ni debe mentir a terceras partes en el curso de su actividad profesional. Estas prohibiciones son tomadas en beneficio de los intereses de los clientes, y en consecuencia, también en el manejo del conflicto entre los intereses del cliente y los intereses de la Justicia, el abogado debe salir airoso, gracias a su formación. El abogado puede solicitar ayuda de su Colegio de Abogados para solucionar problemas como éstos. Pero al final, la representación exitosa de su cliente depende de si los Tribunales y terceras partes pueden confiar en él como intermediario y como participante dentro de la justa Administración de la Justicia.

### **Principio (j) - La autorregulación de la Abogacía:**

Esta es una de las señas de identidad de una sociedad libre; en las que no lo son, es el Estado quien ejerce el control de la profesión y las actividades de los abogados. La mayoría de las Abogacías europeas muestran una combinación de normativa estatal y regulación propia. En muchos casos, el Estado, aún reconociendo la importancia de principios esenciales de la profesión, usa la legislación nacional para darles apoyo, por ejemplo estableciendo un soporte estatutario a la confidencialidad o dando a los Colegios de Abogados poder para hacer una normativa profesional. El CCBE está convencido de que sólo una fuerte autorregulación puede garantizar la independencia de los abogados respecto del Estado, ya que sin esta garantía de independencia es imposible que los abogados cumplan sus funciones y desarrollen su papel en la sociedad.

## **CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA DE LOS ABOGADOS EUROPEOS**

Este Código de Deontología de los Abogados europeos ha sido adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006. Este Código incluye un Memorando explicativo actualizado en la Sesión Plenaria del CCBE de 19 de mayo de 2006. El Código tiene también en cuenta las enmiendas al Estatuto de CCBE formalmente aprobadas en la Sesión plenaria extraordinaria del 20 de Agosto de 2007.

### **1. PREÁMBULO**

#### **1.1. La función de Abogado en la sociedad**

En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado por su cliente. En un Estado de Derecho, el Abogado debe servir los intereses de la Justicia así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer. Su deber no consiste únicamente en abogar por la causa de su cliente sino igualmente, en ser su asesor. El respeto de la función del Abogado es una condición esencial del Estado de Derecho y de una sociedad democrática.

Por tanto, la función de Abogado impone múltiples obligaciones y deberes, legales y éticos, en ocasiones contradictorios en apariencia, que eventualmente podrían entrar en conflicto con:

- El cliente,
- Los tribunales y otras autoridades ante las cuales el Abogado asiste o representa al cliente,

- Su profesión en general y cada compañero en particular,
- El público, para el cual una profesión liberal e independiente, regida por el respeto a unas reglas que se ha impuesto a sí misma, es un medio esencial para la salvaguarda de los Derechos Humanos frente al Estado y a otros poderes e intereses.

## 1.2. La naturaleza de las normas deontológicas

1.2.1. Las normas deontológicas están destinadas a garantizar, la correcta ejecución por parte del Abogado de su indispensable función, reconocida como esencial en todas las sociedades civilizadas. La inobservancia de estas normas por el Abogado puede tener como consecuencia sanciones disciplinarias.

1.2.2. Las normas específicas de cada Colegio de Abogados nacen de su propia tradición. Estas normas se adaptan a la organización y al ámbito de actuación de la profesión de Abogado en cada Estado miembro; así como a los procedimientos judiciales y administrativos y a la legislación nacional. No es posible, ni aconsejable, sacarlas fuera de contexto, ni intentar extrapolar unas normas que, por su naturaleza, no son susceptibles de generalización.

A pesar de ello, las normas específicas de cada Colegio de Abogados se refieren a los mismos valores y revelan, en la mayoría de los casos, fundamentos comunes.

## 1.3. Los objetivos del Código

1.3.1. La progresiva integración de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo y la intensificación de la actividad transfronteriza del Abogado en el interior de estas áreas han hecho necesario que, en función del interés general, se definan unas normas comunes aplicables a todo Abogado de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo en su actividad transfronteriza, cualquiera que sea el Colegio de Abogados al que pertenezca. Una de las funciones de estas normas consiste en atenuar las dificultades resultantes de la aplicación de una «doble Deontología», como establecen, en particular, los artículos 4 y 7.2 de la Directiva 77/249/CEE y los artículos 6 y 7 de la Directiva 98/5/CE;

1.3.2. Las organizaciones representativas de la Abogacía, reunidas en el marco del CCBE proponen que las siguientes normas codificadas:

- sean reconocidas, desde ahora, como la expresión de un consenso de todos los Colegios de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo,
- sean de aplicación con fuerza ejecutiva, en el plazo más breve posible, de acuerdo con los procedimientos nacionales o del Espacio Económico Europeo, a la actividad transfronteriza del Abogado en la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo,
- sean tenidas en cuenta cuando se lleve a cabo cualquier revisión de las normas deontológicas internas con vistas a su progresiva armonización.

Además, los Colegios y Consejos de Abogados expresan el deseo de que, en la medida de lo posible, sus normas deontológicas internas sean interpretadas y aplicadas de conformidad con las del presente Código.

Una vez aprobada su aplicabilidad a la actividad transfronteriza, las normas del presente Código obligarán al Abogado, quedando sometido a las normas del Colegio de Abogados del que dependa en la medida en que estas concuerden con las previstas por el presente Código.

## 1.4. Ámbito de aplicación Ratione Personae

El presente Código se aplicará a los Abogados tal y como se encuentran definidos en la Directiva 77/249/CEE y la Directiva 98/5/CE y a los Abogados de los miembros observadores del CCBE.

## 1.5. Ámbito de aplicación Ratione Materiae

Sin perjuicio de la búsqueda de una armonización progresiva de las normas deontológicas internas, las presentes se aplicarán a las actividades transfronterizas del Abogado en el interior de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. Por actividad transfronteriza se entenderá:

- toda relación profesional con un Abogado de otro Estado miembro.
- las actividades profesionales del Abogado en otro Estado miembro incluso si el Abogado no llega a trasladarse a dicho Estado.

## Definiciones

En el presente Código, se entenderá:

Por «Estado miembro», un Estado miembro de la Unión Europea o cualquier otro Estado con una profesión de Abogado en el sentido del artículo 1.4.

Por «Estado miembro de origen», el Estado miembro en el cual el Abogado adquirió el derecho a ejercer con su título profesional.

Por «Estado miembro de acogida», cualquier otro Estado miembro en el cual el Abogado realice una actividad transfronteriza.

Por «Autoridad Competente», las organizaciones profesionales o autoridades competentes de cada Estado Miembro para determinar las normas deontológicas y para ejercer el control disciplinario de los Abogados.

Por «Directiva 77/249/CEE», la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977 dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados.

Por «Directiva 98/5/CE», la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

## **2. PRINCIPIOS GENERALES**

### **2.1. Independencia**

2.1.1. La diversidad de obligaciones a las que el Abogado se encuentra sometido le imponen una independencia absoluta, exenta de cualquier presión, principalmente de aquella que surja de sus propios intereses o de influencias exteriores. Esta independencia es también necesaria para mantener la confianza en la Justicia y en la imparcialidad del Juez. Por lo tanto, un Abogado debe evitar todo ataque a su independencia y velar por no comprometer los valores de la profesión por complacer a su cliente, al Juez o a terceros.

2.1.2. Esta independencia es necesaria tanto en la actividad judicial como en la extrajudicial. El asesoramiento dado por un Abogado a su cliente no tendrá ningún valor si ha sido únicamente por auto complacencia, por interés personal o bajo la influencia de una presión exterior.

### **2.2. Confianza e integridad**

Las relaciones de confianza dependen directamente de la inexistencia de cualquier duda sobre la probidad, la honradez, la rectitud o la integridad del Abogado. Para el Abogado, estas virtudes tradicionales constituyen obligaciones profesionales.

### **2.3. Secreto profesional**

2.3.1. Forma parte de la esencia misma de la función del Abogado el que sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de informaciones basadas en la confianza. Sin la garantía de confidencialidad, no puede existir confianza. Por lo tanto, el secreto profesional es un derecho y una obligación fundamental y primordial del Abogado.

La obligación del Abogado relativa al secreto profesional conviene al interés de la Administración de Justicia, y al del cliente. Esta obligación, por lo tanto, debe gozar de una protección especial del Estado.

2.3.2. El Abogado debe guardar el secreto de toda información, de la que tuviera conocimiento en el marco de su actividad profesional.

2.3.3. La obligación de confidencialidad no está limitada en el tiempo.

El Abogado requerirá la observancia de la misma obligación de confidencialidad a sus socios, empleados y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional.

### **2.4. Respeto a la Deontología de otros Colegios de Abogados**

El Abogado de un Estado miembro debe estar obligado a respetar las normas deontológicas del Estado Miembro de acogida cuando ejerza una actividad transfronteriza. El Abogado tiene la obligación de informarse sobre las normas deontológicas a las cuales quedará sometido en el ejercicio de una actividad determinada.

Las organizaciones que integran el CCBE deben depositar sus Códigos Deontológicos en la Secretaría del CCBE con la finalidad de que cualquier Abogado pueda conseguir una copia del Código vigente a través de dicha Secretaría.

### **2.5. Incompatibilidades**

2.5.1. Con el fin de que el Abogado pueda desarrollar sus funciones con la independencia requerida y conforme a su deber de colaboración con la Administración de Justicia, puede prohibírsele el ejercicio de ciertas funciones o profesiones.

2.5.2. El Abogado que actúa en representación o defensa de un cliente ante la Justicia o las autoridades públicas de un Estado miembro de acogida deberá observar las normas de incompatibilidad tal y como les son aplicables a los Abogados en el Estado Miembro de acogida.

2.5.3. El Abogado establecido en un Estado miembro de acogida en el que desee participar directamente en una actividad comercial o en cualquier otra actividad distinta del ejercicio de su profesión de Abogado, estará obligado a respetar las normas prohibitivas o de incompatibilidad aplicables a los Abogados en dicho Estado miembro.

## **2.6. Publicidad personal**

2.6.1. El Abogado podrá informar al público sobre sus servicios siempre que la información no sea desleal o engañosa, y respetuosa con la salvaguarda del secreto profesional y los demás principios esenciales.

2.6.2. El Abogado podrá realizar publicidad personal a través de cualquier medio de comunicación siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el párrafo anterior

## **2.7. Intereses del cliente**

Sin perjuicio del debido cumplimiento de toda la normativa legal y deontológica, el Abogado tiene la obligación de actuar en defensa de los intereses de su cliente de la mejor manera posible, y debe anteponerlos a cualquier otro.

## **2.8. Límite de la responsabilidad del Abogado ante el cliente**

En la medida de que el derecho del Estado Miembro de origen y el Estado Miembro de acogida lo autoricen, el Abogado puede limitar su responsabilidad ante el cliente al tenor de las normas deontológicas a las que esté sujeto.

# **3. RELACIONES CON LOS CLIENTES**

## **3.1. Comienzo y fin de las relaciones con los clientes**

3.1.1. El Abogado no actuará sin encargo previo de su cliente a menos que le haya sido encomendado el asunto por otro Abogado que actúe para el cliente o que se le haya asignado por una autoridad competente.

El Abogado debe esforzarse, de manera razonable, en conocer la identidad, la competencia y los poderes de la persona o autoridad de la cual recibe el encargo cuando las circunstancias específicas revelen que la identidad, la competencia y los poderes resultan inciertos.

3.1.2. El Abogado asesorará y representará a su cliente puntual, concienzuda y diligentemente.

Asumirá la responsabilidad personal por el incumplimiento de las instrucciones recibidas. Deberá mantener a su cliente informado sobre la evolución del asunto que le ha sido encomendado.

3.1.3. El Abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto sin la cooperación de un Abogado competente al respecto si sabe, o debería saber, que carece de la pericia necesaria.

El Abogado no deberá aceptar un asunto a menos que pueda atenderlo puntualmente, teniendo en cuenta sus restantes compromisos profesionales.

3.1.4. El Abogado no podrá ejercer su derecho de apartarse de un asunto, dejando al cliente en circunstancias tales que le impidan encontrar la ayuda de otro compañero con la necesaria antelación para evitar que el cliente pueda sufrir un perjuicio.

## **3.2. Conflicto de intereses**

3.2.1. El Abogado no deberá asesorar, ni representar, ni defender a dos o más clientes en un mismo asunto si existe un conflicto o riesgo significativo de conflicto de intereses

3.2.2. El Abogado deberá dejar de actuar para los dos o más clientes afectados, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, cuando exista riesgo de violación del secreto profesional, o en caso de que su independencia pueda ser menoscabada.

3.2.3. El Abogado deberá abstenerse de actuar para un nuevo cliente si existe un riesgo de vulneración del secreto profesional respecto a informaciones dadas por un antiguo cliente o si el conocimiento que el Abogado posee por otros asuntos del antiguo cliente pudiera favorecer indebidamente al nuevo cliente.

3.2.4. Cuando varios Abogados ejerzan la profesión en grupo, los párrafos 3. 2.1 a 3.2.3 se aplicarán al grupo y a cada uno de sus miembros.

## **3.3. Pacto de cuota litis**

3.3.1. El Abogado no puede fijar sus honorarios en base a un pacto «de cuota litis».

3.3.2. Por pacto «de cuota litis» se entiende el acuerdo entre el Abogado y su cliente concertado antes de la conclusión definitiva de un asunto en el que tenga intereses el cliente y en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al Abogado únicamente una parte del resultado, sea éste una cantidad de dinero o cualquier otro beneficio que consiga el cliente a la conclusión del asunto.

3.3.3. No se considerará pacto de «quota litis» el acuerdo que prevea la determinación de los honorarios en función del resultado del asunto encomendado al Abogado, siempre que dicho valor se fije de conformidad a un baremo oficial de honorarios o si es aprobado o admitido por una autoridad competente que tenga jurisdicción sobre el Abogado.

### **3.4. Fijación de honorarios**

El Abogado deberá informar a su cliente sobre sus honorarios y su importe deberá ser justo, razonable y conforme a la ley y a las normas deontológicas del Abogado.

### **3.5. Provisión de fondos**

Cuando un Abogado solicite la entrega de una provisión de fondos a cuenta de gastos y honorarios, ésta no podrá exceder de una estimación razonable de los honorarios y los desembolsos probables que conllevará el asunto.

En caso de que no se produzca el pago de la provisión solicitada, el Abogado podrá renunciar a ocuparse de un asunto o bien retirarse sin perjuicio del respeto debido a las disposiciones del artículo 3.1.4.

### **3.6. Reparto de honorarios con personas ajenas a la profesión de abogado**

3.6.1. El Abogado no podrá compartir sus honorarios con quien no sea Abogado, excepto cuando el Derecho o las normas deontológicas a las que esté sujeto el Abogado permitan la asociación entre éste y otra persona.

3.6.2. La prohibición anterior no impide al Abogado el pago de cantidades o compensaciones a los herederos de un abogado fallecido o a un abogado jubilado, cuando asuma la dirección del asunto llevado por el abogado fallecido o jubilado.

### **3.7. Asistencia jurídica gratuita**

3.7.1. El Abogado deberá intentar en todo momento buscar la solución más adecuada en función de la relación coste-efectividad, y deberá aconsejar a su cliente en los momentos oportunos respecto a la conveniencia de llegar a un acuerdo o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos.

3.7.2. El Abogado deberá informar a su cliente de la disponibilidad de la asistencia jurídica gratuita cuando esta esté disponible.

### **3.8. Fondos de clientes**

3.8.1. Cuando un Abogado reciba fondos para sus clientes o para terceros (de ahora en adelante denominados «Fondos de clientes») estará obligado a ingresarlos en una cuenta abierta en un Banco o en una Institución similar aprobada por la Autoridad Pública (de ahora en adelante, denominada «Cuenta de clientes»). La Cuenta de clientes debe ser independiente de cualquier otra cuenta del Abogado. Todos los fondos de clientes recibidos por el Abogado deberán ser ingresados en dicha cuenta salvo autorización expresa o tácita del cliente para que los fondos se dediquen a un fin distinto.

3.8.2. El Abogado deberá conservar todas las anotaciones y comprobantes que expliquen sus gestiones y distingan los fondos de clientes de otros fondos gestionados por él. Las anotaciones y comprobantes deberán conservarse durante el periodo de tiempo determinado por la legislación nacional.

3.8.3. La Cuenta de clientes no podrá presentar un saldo negativo, salvo en circunstancias excepcionales permitidas expresamente por la legislación nacional o como consecuencia de comisiones bancarias ajenas a la voluntad del Abogado. La Cuenta de clientes no podrá ser utilizada, bajo ningún concepto, en garantía ni podrá ser objeto de ninguna operación de compensación o fusión con otra cuenta bancaria ni los fondos de clientes podrán ser utilizados para reembolsar las cantidades debidas al Banco por el Abogado.

3.8.4 Los fondos de clientes deberán estar a disposición de sus propietarios en las condiciones autorizadas por éstos.

3.8.5. El Abogado no podrá detraer fondos de la Cuenta de clientes para el pago de sus propios honorarios sin informar por escrito al cliente de tal detracción.

3.8.6. Las autoridades competentes de los Estados Miembros deberán tener facultad para verificar y examinar los documentos relativos a los fondos de clientes, respetando siempre el secreto profesional.

### **3.9. Seguro de responsabilidad civil profesional**

3.9.1. Los Abogados deberán tener un seguro de responsabilidad civil profesional por una cuantía razonable, habida cuenta de la naturaleza y del alcance de los riesgos en los que puedan incurrir en el desempeño de su actividad.

3.9.2. Si el Abogado se encontrara en la imposibilidad de contratar el seguro, deberá informar al cliente de esa situación y de sus consecuencias.

## **4. RELACIONES CON LOS TRIBUNALES**

### **4.1. La Deontología aplicable en la actuación judicial**

El Abogado que comparezca o tome parte en un asunto ante un Tribunal en un Estado miembro debe observar las normas deontológicas aplicables y de policía de estrados aplicables ante ese Tribunal.

#### **4.2. Conducta profesional a lo largo del proceso**

El Abogado debe en toda circunstancia respetar las normas de conducta a lo largo del proceso.

#### **4.3. Conducta ante los Tribunales**

El Abogado defenderá concienzuda y diligentemente los intereses de su cliente sin tener en cuenta los suyos propios o cualquier consecuencia que se le derive para si mismo o para otra persona, manteniendo el debido respeto hacia el Tribunal.

#### **4.4. Informaciones falsas o susceptibles de inducir a error**

El Abogado no deberá nunca facilitar a sabiendas al Tribunal una información falsa o que pueda inducirle a error.

#### **4.5. Aplicación extensiva a los árbitros y a las personas que ejerzan funciones similares**

Las normas aplicables a las relaciones de los Abogados con los Tribunales serán igualmente aplicables a sus relaciones con los árbitros y cualquier otra persona que ejerza funciones judiciales o cuasi judiciales, incluso ocasionalmente.

### **5. RELACIONES ENTRE ABOGADOS**

#### **5.1. Relaciones de confraternidad y compañerismo**

5.1.1. El espíritu y funciones de la profesión requieren una relación de confianza y cooperación entre los Abogados en beneficio del cliente y con el fin de evitar procedimientos judiciales innecesarios, así como cualquier otro comportamiento susceptible de perjudicar la reputación de la profesión. En todo caso, no podrá nunca justificarse la contraposición de los intereses del Abogado a los del cliente.

5.1.2. El Abogado reconocerá como compañero a todo Abogado de otro Estado miembro y se comportará con él de forma leal.

#### **5.2. Cooperación entre Abogados de distintos Estados miembros**

5.2.1. El Abogado a quién un compañero de otro Estado miembro haya solicitado ayuda, está obligado a abstenerse de aceptar gestiones para las que no esté suficientemente capacitado. En este caso, facilitará a su compañero entrar en contacto con otro abogado que tenga la preparación específica para cumplir el encargo.

5.2.2. Cuando los Abogados de dos Estados miembros diferentes trabajen juntos, tendrán ambos el deber de tener en cuenta las diferencias que puedan existir entre sus respectivos sistemas legales, sus Colegios de Abogados, sus competencias y sus obligaciones profesionales.

#### **5.3. Correspondencia entre Abogados**

5.3.1. El Abogado que pretenda dirigir a un compañero de otro Estado miembro comunicaciones que desea que tengan carácter confidencial o reservado deberá expresarle su voluntad claramente antes de realizar tales comunicaciones.

5.3.2. En el caso de que el futuro destinatario de las comunicaciones no pudiera otorgarles un carácter confidencial o reservado, deberá informar al remitente al respecto sin demora.

#### **5.4. Pagos por captación de clientela**

5.4.1. El Abogado no podrá exigir ni aceptar honorarios, comisiones ni otro tipo de compensación de otro Abogado o de cualquier otra persona por haber enviado o recomendado a un cliente.

5.4.2. El Abogado no podrá pagar honorarios, comisión ni ninguna otra compensación como contrapartida por el hecho de que le hayan enviado a un cliente.

#### **5.5. Comunicación con las partes contrarias**

El Abogado no puede ponerse en contacto directamente con una persona con objeto de tratar un asunto particular, si sabe que está representada o asistida por otro Abogado, a menos que el otro Abogado le haya expresado su consentimiento y se haya comprometido a tenerle informado de cualquier comunicación.

#### **5.6. (Derogado mediante decisión de la Sesión Plenaria del CCBE, reunida en Dublín, el día 6 de diciembre de 2002)**

#### **5.7. Responsabilidad Pecuniaria**

En las relaciones profesionales entre miembros de Colegios de Abogados de distintos Estados miembros, el Abogado que no limitándose a recomendar a un colega o a presentárselo a un cliente, le confíe un asunto a un compañero

o solicite su asesoramiento, será responsable personalmente del pago de honorarios, gastos y desembolsos que le sean debidos al colega extranjero, incluso si el cliente fuera insolvente.

Sin perjuicio de ello, los Abogados podrán acordar entre ellos disposiciones particulares al respecto, al inicio de su relación. Además, el Abogado podrá, en todo momento, limitar su compromiso personal al importe de los honorarios, gastos y desembolsos ocasionados con anterioridad a la notificación a su colega extranjero de su decisión de renunciar a su responsabilidad de cara al futuro.

### **5.8. Formación continua**

El Abogado deberá mantener actualizados y desarrollar sus conocimientos y competencias profesionales teniendo en cuenta la dimensión europea de su profesión.

### **5.9. Conflictos entre Abogados de distintos Estados miembros.**

5.9.1 Cuando un Abogado estime que un compañero de otro Estado miembro ha vulnerado una norma de deontología, deberá hacérselo notar inmediatamente.

5.9.2. Cuando surja un conflicto personal de carácter profesional entre Abogados de varios Estados miembros, deberán, en primer lugar, tratar de alcanzar una solución amistosa.

5.9.3. Antes de iniciar un procedimiento contra un compañero de otro Estado miembro en relación con un conflicto, tal y como se describe en los párrafos 5.9.1 y 5.9.2, el Abogado deberá informar a los Colegios de Abogados a los que pertenezcan ambos con el fin de permitirles prestar a los abogados en conflicto la ayuda necesaria para alcanzar un acuerdo.

## **MEMORANDO EXPLICATIVO**

### **Nota a petición de la Delegación española ante CCBE: la traducción al español de este memorando es únicamente a efectos informativos**

Este memorando explicativo ha sido preparado a petición del Comité Permanente de CCBE por la Comisión de deontología, responsable de redactar la primera versión del código deontológico de CCBE.

El memorando busca explicar el origen de las disposiciones del código; ilustrar los problemas que se les ha designado resolver, particularmente en relación con actividades transfronterizas, así como proporcionar asistencia a las autoridades competentes en los estados miembros, en aplicación del código. El memorando no pretende tener ninguna fuerza vinculante para la interpretación del código. El memorando explicativo fue adoptado el 28 de Octubre de 1988 y actualizado con ocasión de la sesión plenaria de CCBE del 19 de Mayo de 2006. Este documento también tiene en cuenta las enmiendas a los estatutos de CCBE formalmente aprobadas en sesión extraordinaria el 20 de Agosto de 2007. La lista de profesiones en el comentario del artículo 1.4 esta sujeta a modificaciones.

Las versiones originales del código están en francés e inglés. Las traducciones a otras lenguas de la UE están preparadas bajo la autoridad de las delegaciones nacionales.

### **Comentario al artículo 1.1- La función del abogado en la sociedad**

La Declaración de Perugia, adoptada por CCBE en 1977, estableció los principios fundamentales de la conducta profesional aplicable a los abogados en toda la Comunidad Europea. Las disposiciones del artículo 1.1 reafirman la enunciación en la Declaración de Perugia, de la función del abogado en la sociedad, que forma la base de las reglas que regulan el desempeño de esa función.

### **Comentario al artículo 1.2- La naturaleza de las reglas de conducta profesional**

Estas disposiciones reformulan sustancialmente la explicación en la Declaración de Perugia de la naturaleza de las reglas de conducta profesional, y cómo las normas particulares dependen de circunstancias locales particulares, pero están sin embargo basadas en valores comunes.

### **Comentario al artículo 1.3- El propósito del código**

Estas disposiciones introducen el desarrollo de los principios de la Declaración de Perugia en un código específico de conducta para abogados en toda la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo, y la Confederación Suiza, así como abogados de los miembros asociados y observadores de CCBE, con referencia particular a su actividad transfronteriza (definida en su artículo 1.5). Las disposiciones del artículo 1.3.2 establecen las intenciones específicas de CCBE en relación con las disposiciones sustantivas del código.

### **Comentarios al artículo 1.4- Campo de aplicación razione personae**

Las reglas están concebidas para ser aplicadas a todos los abogados, tal y como aparecen definidos por la Directiva de Servicios de abogados de 1977 y la Directiva de establecimiento de abogados de 1998, y para abogados de los miembros asociados y observadores de CCBE. Esto incluye a los abogados de los Estados que posteriormente accedan a las Directivas, cuyos nombres han sido añadidos mediante enmienda a la Directiva. El código se aplica

por consiguiente a todos los abogados representados en CCBE, ya sea como miembros plenos, asociados u observadores, a saber:

Albania	Avokat
Armenia	Pastaban
Austria	Rechtsanwalt
Belgium	avocat / advocaat / Rechtsanwalt
Bulgaria	advokat
Croatia	odvjetnik
Cyprus	dikegóros
Czech Republic	advokát
Denmark	advokat
Estonia	vandeadvokaat
Finland	asianajaja / advokat
FYROMacedonia	advokat
France	avocat
Georgia	advokati / advokatebi
Germany	Rechtsanwalt
Greece	dikegóros
Hungary	ügyvéd
Iceland	lögmaour
Ireland	barrister, solicitor
Italy	avvocato
Latvia	zverinats advokats
Liechtenstein	Rechtsanwalt
Lithuania	advokatas
Luxembourg	avocat / Rechtsanwalt
Malta	avukat / Prokurator legali
Montenegro	advokat
Moldova	Avokat
Netherlands	advocaat
Norway	advokat
Poland	adwokat, radca prawny
Portugal	advogado
Romania	avocat
Serbia	advokat
Slovakia	advokát
Slovenia	advetnik / odvetnica
Spain	abogado /advocat / abokatu / avogado
Sweden	advokat
Switzerland	Rechtsanwalt/ Anwalt/ Fürsprech/ Fürsprecher / avocat / avvocato/ advokat
Turkey	avukat
Ukraine	advokat
United Kingdom	advocate, barrister, solicitor

Se espera también que el Código sea aceptable para la profesión de abogado de otros países no miembros de la UE en Europa, y otros lugares, de manera que pueda ser también aplicado mediante las pertinentes convenciones, entre ellos y los Estados miembros.



## **Comentario al artículo 1.5- Campo de aplicación razione materiae**

Estas reglas, tal y como aparecen definidas, tienen sólo aplicación directa en relación con las actividades transfronterizas de abogados de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo, Confederación Suiza y abogados de los miembros asociados y observadores de CCBE - ver más arriba en el artículo 1.4, y definición de Estado miembro en el artículo 1.6 (ver más arriba en caso de futuras ampliación a abogados de otros Estados). La definición de actividades transfronterizas puede, por ejemplo incluir contactos en un Estado A, incluso en una materia de derecho interno del Estado A, entre un abogado del Estado A y un abogado de un Estado B; Se excluyen sin embargo los contactos entre abogados del Estado A en el Estado A, sobre cuestiones que surjan en un Estado B, suponiendo que ninguna de sus actividades profesionales tengan lugar en el Estado B; Y se incluye sin embargo cualquier actividad de los abogados del Estado A en el Estado B, aunque tan sólo se trate de las comunicaciones enviadas desde el Estado A al Estado B.

## **Comentario al artículo 1.6- Definiciones**

Esta disposición define una serie de términos utilizados en el Código: «Estado miembro», «Estado miembro de acogida», «Autoridad competente»; «Directiva 77/249/ECC» y «Directiva 98/5/EC». La referencia a «donde el abogado lleve a cabo sus actividades transfronterizas» debe ser interpretado a la luz de la definición «actividades transfronterizas» del artículo 1.5.

## **Comentario al artículo 2.1- Independencia**

Esta disposición reafirma sustancialmente el postulado general del principio en la Declaración de Perugia.

## **Comentario al artículo 2.2- Confianza e Integridad personal**

Esta disposición también reafirma un principio general contenido en la Declaración de Perugia.

## **Comentario al artículo 2.3- Confidencialidad**

Esta disposición reafirma en el artículo 2.3.1, los principios generales establecidos en la Declaración de Perugia y reconocidos por el ECJ en el caso AM (157/79). Posteriormente en el artículo 2.3.2 los desarrolla en una regla específica relativa a la protección de la confidencialidad. El artículo 2.3.2 contiene la regla básica que requiere el respeto de la confidencialidad. El artículo 2.3.3 confirma que la obligación continua siendo obligatoria para el abogado incluso si cesa de ejercer para el cliente en cuestión. El artículo 2.3.4 confirma no sólo que el propio abogado debe respetar la obligación de confidencialidad, sino que debe requerir de todos los miembros y empleados de su despacho que hagan lo mismo.

## **Comentario al artículo 2.4- Respeto de las reglas de otros colegios y asociaciones de abogados.**

El artículo 4 de la Directiva de servicios de abogados contiene las disposiciones concernientes a las reglas que deben ser respetadas por el abogado de un Estado miembros proporcionando sus servicios de forma temporal u ocasional, en otro Estado miembro, en virtud del artículo 49 del Tratado FUE, en su versión consolidada, como sigue:

- a) Las actividades relativas a la representación de un cliente en un proceso legal o ante autoridades públicas debe ser ejercido en cada Estado miembro de acogida bajo las condiciones adoptadas por los abogados establecidos en dicho Estado, con la excepción de cualquier condición que requiera residencia o inscripción en una asociación profesional de dicho Estado.
- b) Un abogado ejerciendo estas actividades debe observar las reglas de conducta profesional del Estado miembro del Estado de acogida, sin perjuicio de las obligaciones del abogado en el Estado miembro del que proviene.
- c) Cuando estas actividades se ejercen en el Reino Unido, «Reglas de conducta profesional en el Estado de acogida», significa las reglas de conducta profesional aplicables a los «solicitors», donde aquellas actividades no estén reservadas a «advocates» y «barristers». Para lo demás las reglas de conducta profesional de estos últimos deben ser aplicadas. Sin embargo los «barristers» de Irlanda deben estar siempre sujetos a las reglas de conducta profesional aplicables en el Reino Unido a los «barristers» y «advocates». Cuando estas actividades se ejerzan en Irlanda, «Reglas de conducta profesional del Estado de acogida» significa, en la medida en que rigen la presentación oral del caso ante el tribunal, las reglas de conducta profesional aplicables a los «barristers». En todos los demás casos deben aplicarse las reglas de conducta profesional de los «solicitors». Sin embargo, «barristers» y «advocates» del Reino Unido, deben estar siempre sujetos a las reglas de conducta profesional aplicables en Irlanda a los «barristers».
- d) Un abogado ejerciendo actividades distintas de las referidas en el punto a) anterior debe quedar sujeto a las condiciones y reglas de conducta profesional del Estado miembro del que proviene, sin perjuicio de respetar las reglas, cualquiera que sea su fuente, que rigen la profesión en el Estado miembro de acogida. Especial respeto merecen las reglas concernientes a la incompatibilidad entre el ejercicio de actividades como abogado con el ejercicio de otras actividades en ese mismo estado, secreto profesional, relaciones con otros abogados, la prohibición para el mismo abogado de ejercer para partes con intereses conflictivos, y publicidad. Las reglas anteriores son aplicables sólo si es posible que sean respetadas por un abogado no establecido en el Estado de acogida, y en la medida en que su

observancia está objetivamente justificada para asegurar en ese Estado, el correcto ejercicio de las actividades de abogado, la posición de la profesión, y el respeto de las normas concernientes a incompatibilidades.

La Directiva de establecimiento de abogados contiene disposiciones concernientes a las reglas que deben ser observadas por el abogado de un Estado miembro ejerciendo de modo permanente en otro Estado miembro, en virtud del artículo 43 del Tratado CE en su versión consolidada, como sigue:

a) Independientemente de las reglas de conducta profesional a la que esté sujeto en el Estado miembro de origen, un abogado ejerciendo con el título profesional de su país de origen, debe estar sujeto a las mismas reglas de conducta profesional que los abogados ejerciendo con el título profesional del Estado miembro de acogida por lo que respecta a todas las actividades que el abogado ejerce en su territorio (Artículo 6.1).

b) Sin embargo un abogado ejerciente con el título profesional de su Estado de origen debe quedar exento del requerimiento, si el abogado puede probar que esta cubierto por un seguro o una garantía proporcionada de acuerdo con las reglas del Estado miembro de acogida, en la medida en que ese seguro o garantía es equivalente en término de condiciones y cobertura. Donde la equivalencia es tan sólo parcial, la autoridad competente en el Estado miembro de acogida puede requerir la contratación de un seguro o garantía adicional, para cubrir los elementos que no se encuentran ya cubiertos por el seguro o garantía contratado de acuerdo con las reglas del Estado miembro de acogida (Artículo 6.3)

c) Un abogado registrado en el Estado miembro de acogida, con el título profesional de su Estado de origen, puede ejercer como abogado asalariado en el despacho de otro abogado, asociación o despacho de abogados, empresa pública o privada, en las mismas medidas en que el Estado miembro de acogida lo permita a los abogados registrados con el título profesional utilizado en dicho Estado (Artículo 8).

En los casos no cubiertos por ninguna de estas Directivas, o por encima o por debajo de los requerimientos de las mismas, las obligaciones de un abogado en derecho comunitario, de cumplir las reglas de otros colegios y asociaciones de abogados, son una cuestión de interpretación de cada disposición, como la Directiva en comercio electrónico (31/2000/CE). Uno de los propósitos fundamentales del código es minimizar, y si es posible eliminar, todos los problemas que puedan surgir de la existencia de una «doble deontología», que es la aplicación de más de una, de una serie de normas nacionales potencialmente conflictivas, a una situación particular. (Artículo 1.3.1).

### **Comentario al artículo 2.5- Incompatibilidad de ocupaciones**

Hay diferencias tanto entre los Estados miembros como dentro de ellos, en el grado en el que los abogados pueden participar en sus ocupaciones, por ejemplo en actividades comerciales. El propósito general de las reglas que excluyen al abogado de otras ocupaciones es protegerle de influencias que puedan dañar su independencia, o su posición en la Administración de Justicia. La diferencia en estas normas reflejan diferentes condiciones locales, diferentes percepciones de la propia función de los abogados, y diferentes técnicas de reglamentar. Por ejemplo en algunos casos hay una completa prohibición de participar en determinadas ocupaciones, mientras que en otros casos en otras ocupaciones está generalmente permitido, sujeto a la observancia de ciertas salvaguardas a la independencia del abogado.

Los artículos 2.5.2 y 3 disponen sobre diversas circunstancias en las que el abogado de un Estado miembro participa en actividades transfronterizas (tal y como aparecen definidas en el artículo 1.5) en un Estado de acogida, cuando no es miembro de la abogacía del Estado de acogida.

El artículo 2.5.2 impone la plena observancia de las reglas del Estado de acogida, en lo concerniente a las ocupaciones incompatibles del abogado actuando en procesos judiciales o frente a las autoridades públicas del Estado de acogida. Esta regla se aplica este establecido el abogado en el Estado de acogida o no.

El artículo 2.5.3 por otra parte, impone respeto a las reglas del Estado de acogida en lo referente a ocupaciones prohibidas o incompatibles en otros casos, pero sólo en el caso de que el abogado establecido en el Estado de acogida desee participar directamente en actividades comerciales o de otro tipo, que no tengan que ver con la práctica del derecho.

### **Comentario al artículo 2.6- Publicidad personal**

El término «Publicidad personal», cubre la publicidad por los despachos de abogados, así como abogados individuales, diferenciándose de la publicidad institucional organizada por los colegios y asociaciones de abogados para el conjunto de sus miembros. Las normas que regulan la publicidad personal de los abogados varía considerablemente en los Estados miembros. El artículo 2.6 pone en evidencia que no hay ningún tipo de objeción primordial a la publicidad personal en las actividades transfronterizas. Sin embargo los abogados estarán necesariamente sujetos a las obligaciones establecidas por las reglas profesionales de su Estado de origen, y también sometidos a las prohibiciones y restricciones establecidas por el Estado de acogida, cuando sean obligatorias para el abogado en virtud de la Directiva de Servicios de abogados o la Directiva de establecimiento de abogados.

### **Comentario al artículo 2.7- El interés del cliente.**

Esta disposición enfatiza el principio general de que el abogado debe situar el interés del cliente por delante del suyo propio o el de sus compañeros de profesión.

### **Comentario al artículo 2.8- Limitación de la responsabilidad del abogado frente al cliente.**

Esta disposición pone de manifiesto que no hay una objeción primordial a limitar la responsabilidad de los abogados frente a su cliente en la práctica transfronteriza, ya sea por contrato, a través de una sociedad limitada, sociedad comanditaria simple o una sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, destaca que esto sólo puede suceder allí donde la ley pertinente y las normas de conducta lo permitan- y en gran número de jurisdicciones la ley o las reglas profesionales prohíben o restringen esa limitación de responsabilidad.

### **Comentario al artículo 3.1- Aceptación y extinción de las instrucciones**

Las disposiciones del artículo 3.1.1 están diseñadas para asegurar que se mantiene una relación entre el abogado y el cliente y que el abogado recibe de hecho instrucciones del cliente, incluso si estas deben ser transmitidas a través de un intermediario debidamente autorizado. Es obligación del abogado cumplir con sus propias normas, la de la autoridad intervenida y los deseos de su cliente.

El artículo 3.1.2 trata sobre la manera en la que el abogado debe llevar a cabo sus obligaciones. La disposición establece que el abogado debe contraer una responsabilidad personal, cumpliendo con las instrucciones que le han sido dadas, no pudiendo delegar responsabilidad en otros. Esto no impide que el abogado busque limitar su responsabilidad, en la medida en que esté permitido por la ley pertinente o las reglas profesionales- ver artículo 2.8.

El artículo 3.1.3 afirma un principio de particular relevancia en las actividades transfronterizas. Por ejemplo cuando se solicita a un abogado encargarse de una cuestión, en representación de un abogado o cliente que no se encuentra familiarizado con el derecho y la práctica pertinente, o cuando un abogado es solicitado para encargarse de una cuestión referida al derecho de otro Estado con cuyo sistema no está familiarizado.

Un abogado tiene generalmente el derecho de rechazar las instrucciones en primer lugar, pero el artículo 3.1.4 afirma que, una vez aceptadas las instrucciones, el abogado tiene una obligación de no apartarse de ellas sin asegurarse de salvaguardar el interés del cliente.

### **Comentario al artículo 3.2- Conflicto de intereses**

Las disposiciones del artículo 3.2 no evitan que un abogado ejerza para dos o más clientes en la misma materia, siempre que sus clientes no se encuentren de hecho en conflicto, o no haya un riesgo significativo de que ese conflicto aparezca. Cuando un abogado se encuentre ya ejerciendo para dos o más clientes y posteriormente aparezca un conflicto de intereses entre estos clientes, una ruptura de confianza, u otras circunstancias en las que la independencia del abogado pueda ser dañada, el abogado debe cesar de ejercer para ambos o todos ellos.

Puede haber sin embargo determinadas circunstancias en las que surjan diferencias entre dos o más clientes para los que el abogado está ejerciendo al mismo tiempo, siendo apropiado que el abogado realice un intento de mediación. Queda al propio juicio del abogado en estos casos, valorar la existencia o no de un conflicto de intereses entre las partes que implique necesariamente dejar de actuar. En caso contrario, el abogado debe considerar si es apropiado explicar la situación a sus clientes, obtener su acuerdo e intentar actuar como mediador para resolver las diferencias entre ellos, y sólo si este intento falla, cesar de actuar para sus clientes.

El artículo 3.2.4 aplica las disposiciones precedentes del artículo 3 a los abogados ejercientes en asociación. Por ejemplo un despacho de abogados debe cesar de actuar cuando exista un conflicto de intereses entre dos clientes del despacho, incluso si distintos abogados en el despacho actúan para cada cliente. Por otro lado, excepcionalmente, en las «chambers», forma de asociación utilizada por los «barristers», donde cada abogado actúa individualmente para su cliente, es posible para los diferentes abogados asociados actuar para clientes con intereses opuestos.

### **Comentario al artículo 3.3- Pactum de quota litis**

Estas disposiciones reflejan la posición común en todos los Estados miembros, de que un acuerdo sin regulación, de base de honorarios de contingencia (*Pactum de quota litis*), es contrario a la correcta administración de Justicia porque promueve la litigación especulativa y puede resultar abusiva. Las disposiciones no pretenden sin embargo prevenir el mantenimiento o introducción de acuerdos según los cuales los abogados son pagados en función de los resultados o sólo si la acción o cuestión tiene éxito, teniendo en cuenta que estos acuerdos tienen una suficiente regulación y control, para la protección del cliente y la correcta administración de justicia.

### **Comentario al artículo 3.4- Regulación de tarifas**

El artículo 3.4 establece tres requerimientos: estándar general de revelación de las tarifas del abogado al cliente, requerimiento de ser tarifas justas y razonables en cantidad, y un requerimiento de cumplir con la ley aplicable y las normas profesionales.

En muchos Estados miembros existe un mecanismo de regulación de las tarifas de los abogados bajo la ley nacional y las reglas de conducta, con referencia al poder de juzgar de las autoridades de los colegios y asociaciones de

abogados. En las situaciones reguladas por la Directiva de establecimiento de abogados, cuando el abogado esta sujeto a las normas del Estado de acogida, así como a las del Estado de origen, la base para facturar, deberán cumplir con ambas normativas.

### **Comentario al artículo 3.5- Provisión de fondos**

El artículo 3.5 supone que un abogado puede requerir una provisión de fondos para el pago de sus tarifas y desembolsos realizados, pero establece un límite mediante una referencia a una razonable estimación de los mismos. Observar también en el artículo 3.1.4 en lo relativo al derecho de renuncia.

### **Comentario al artículo 3.6- Compartir tarifa con no abogados**

En algunos Estados miembros los abogados tienen permitido asociarse con miembros de ciertas profesiones aprobadas, sean estas de ámbito jurídico o no. Las disposiciones del artículo 3.6.1 no están pensadas para prevenir que los abogados compartan tarifas en esa forma aprobada de asociación. Estas disposiciones tampoco están diseñadas para prevenir que se compartan tarifas por parte de los abogados a los que se aplica el código (ver artículo 1.4 anterior) con otros abogados, por ejemplo abogados de Estados no miembros o miembros de otras profesiones legales en los Estados miembros tales como los notarios.

### **Comentario al artículo 3.7- Coste de la litigación y disponibilidad de ayudas**

El artículo 3.7.1 enfatiza la importancia de intentar resolver disputas de manera que sea rentable para el cliente, incluyendo, aconsejar cómo intentar negociar un acuerdo y proponer remitir la disputa a alguna forma alternativa de resolución de conflictos.

El artículo 3.7.2 requiere que el abogado informe al cliente de la disponibilidad de ayudas para litigar cuando éstas sean aplicables. Hay una gran diferencia en las provisiones referentes a las ayudas para litigar. En actividades transfronterizas, un abogado debe tener en mente la posibilidad de que las disposiciones de una legislación nacional con la que no está familiarizado pueden resultar aplicables.

### **Comentario al artículo 3.8- Fondos del cliente**

Las disposiciones del artículo 3.8 reflejan la recomendación adoptada por CCBE en noviembre de 1985 en Bruselas, sobre la necesidad de una mínima regulación y su efectivo cumplimiento, regulando el correcto control y disposición de los fondos de los clientes en poder de los abogados en la Comunidad.

El artículo 3.8 establece estándares mínimos que deben ser respetados, sin interferir con las especificidades de los sistemas nacionales que proporcionen una más completa o exigente protección para los fondos de los clientes.

El abogado que maneja los fondos del cliente, incluso durante una actividad transfronteriza, debe observar las normas de su Colegio de abogados. El abogado necesita estar al tanto de las cuestiones que puedan surgir cuando las normas de más de un Estado puedan ser aplicables, especialmente cuando el abogado este instalado en un Estado de acogida amparado por la Directiva de establecimiento de abogados.

### **Comentario al artículo 3.9- Seguro de indemnización profesional**

El artículo 3.9 refleja una recomendación, también adoptada por CCBE en Bruselas, en noviembre de 1985, sobre la necesidad de todos los abogados en la Comunidad, de asegurarse frente a los riesgos que puedan surgir por reclamaciones de negligencia profesional contra ellos. El artículo 3.9.2 trata sobre la situación en la que el seguro no puede ser obtenido basándose en el artículo 3.9.1

### **Comentario al artículo 4.1- Reglas de conducta en los tribunales**

Esta disposición aplica el principio de que un abogado está obligado a cumplir las normas del tribunal ante el que ejerce o se presenta.

### **Comentario al artículo 4.2- Dirección correcta de los procedimientos**

Esta disposición aplica el principio general de que en un proceso contencioso un abogado no debe intentar tomar injusta ventaja de su oponente.

El abogado no debe, por ejemplo, tener contacto con el juez, sin haber informado primero al abogado que actúa para la parte contraria, o presentar pruebas, documentos o notas sin haberlo comunicado con antelación al abogado contrario, salvo que dichas acciones estén permitidas por las reglas pertinentes del procedimiento. En la medida en que no esté prohibido por la ley, un abogado no debe divulgar o presentar al tribunal ninguna proposición de acuerdo sobre el caso realizada por la otra parte o su abogado, sin el expreso consentimiento del abogado de la otra parte, ver también más abajo el artículo 4.5

### **Comentario al artículo 4.3- Conducta ante el tribunal**

Esta disposición refleja el necesario equilibrio entre el respeto por el tribunal y la ley por un lado, y la búsqueda del mejor resultado para los intereses del cliente.

#### **Comentario al artículo 4.4- Información falsa o engañosa**

Esta disposición aplica el principio de que el abogado no debe nunca engañar conscientemente al tribunal. Esto es necesario porque debe existir confianza entre los tribunales y las profesiones jurídicas.

#### **Comentario al artículo 4.5- Extensión a los árbitros**

Esta disposición extiende la precedente relativa a los tribunales, a otros órganos que ejercen funciones judiciales o quasi-judiciales.

#### **Comentario al artículo 5.1- Espíritu corporativo de la profesión**

Estas disposiciones, basadas en las proclamaciones de la declaración de Perugia, enfatizan que es de interés público para la profesión de abogado mantener una relación de confianza y cooperación entre sus miembros. Sin embargo esto no puede significar sobreponer los intereses de los abogados sobre los de la justicia o los de los clientes (ver también el artículo 2.7).

#### **Comentario al artículo 5.2- Cooperación con abogados de diferentes Estados miembros.**

Esta disposición también desarrolla un principio enunciado en la Declaración de Perugia enfocado a evitar malentendidos en los tratos entre abogados de diferentes Estados miembros.

#### **Comentario al artículo 5.3- Correspondencia entre abogados**

En algunos Estados miembros las comunicaciones entre abogados (escritas u orales), se considera deben quedar confidenciales entre los abogados. Esto significa que el contenido de estas comunicaciones no puede ser revelado a otros, no puede ser transmitido a los clientes y no puede en ningún caso revelarse ante el tribunal. En otros Estados miembros estas consecuencias tan sólo se producen en el supuesto de que la correspondencia se encuentre marcada como «confidencial».

En otros Estados miembros, el abogado debe mantener al cliente plenamente informado de todas las comunicaciones relevantes de otro colega profesional que actúa para otra parte, y marcar una carta como «confidencial» tan sólo significa que es una cuestión legal prevista para el abogado receptor y su cliente, y no para ser utilizada abusivamente por terceras partes.

En algunos Estados, si un abogado desea indicar que una carta es enviada en un intento de arreglar un conflicto, y no debe ser utilizado ante el tribunal, el abogado debe marcar en la carta «sin perjuicio y bajo reserva de todos los derechos».

Estas diferencias nacionales dan lugar a muchos malentendidos, por lo que los abogados deben ser muy cuidadosos dirigiendo la correspondencia transfronteriza.

Cuando un abogado quiere mandar una carta a un colega profesional en otro Estado miembro, basándose en que debe permanecer confidencial entre los abogados, o que es «sin perjuicio», el abogado debe preguntar con antelación si la letra puede ser aceptada sobre esa base. Un abogado que desee que una comunicación sea aceptada sobre esa base debe expresar eso con claridad en la comunicación o en una carta adjunta.

El abogado al que es pretendido receptor de la comunicación, pero no se encuentra en posición de respetar o asegurar el respeto de las condiciones basándose en las cuales va a ser enviada la carta, debe inmediatamente informar al remitente para que no se envíe la comunicación. Si la comunicación ha sido ya recibida, el receptor debe devolverla al remitente sin revelar su contenido o transmitírselo a alguien de cualquier manera. Si la ley nacional del receptor le impide cumplir con esta obligación, debe inmediatamente informar al remitente.

#### **Comentario al artículo 5.4- Honorarios por derivación**

Esta disposición refleja el principio de que un abogado no debe pagar o recibir pagos sólo por indicación del cliente, lo que podría perjudicar la libre elección del cliente o el interés del cliente en ser derivado al mejor servicio posible. No se impiden los acuerdos para compartir tarifas entre abogados sobre una base apropiada (ver artículo 3.6 más arriba)

En algunos Estados miembros los abogados tienen permitido aceptar y retener comisiones en determinados casos, teniendo en cuenta que: a) Sirva a los mejores intereses del cliente b) Exista una información completa del cliente, c) El cliente haya consentido la retención de la comisión. En estos casos la retención de la comisión por el abogado representa una parte de la remuneración del abogado por los servicios prestados al cliente y no se encuentra dentro del ámbito de prohibición de los honorarios por derivación, la cual está encaminada a evitar que los abogados realicen un beneficio secreto.

#### **Comentario al artículo 5.5- Comunicación con las partes contrarias**

Esta disposición refleja un principio generalmente aceptado, y está designado tanto para promover una dirección de los casos sin complicaciones, como a evitar cualquier intento de tomar provecho del cliente de otro abogado.

#### **Comentario al artículo 5.6- Cambio de abogado**

El artículo 5.6 trataba del cambio de abogado. Fue borrado del código el 6 de diciembre de 2002.

#### **Comentario al artículo 5.7- Responsabilidad por las tarifas**

Estas disposiciones reafirman sustancialmente las disposiciones contenidas en la Declaración de Perugia. Ya que los malentendidos sobre la responsabilidad por tarifas sin pagar es una causa corriente de disputas entre abogados de diferentes Estados miembros, es importante que un abogado que desee excluir o limitar sus obligaciones personales para ser responsable de las tarifas de un colega extranjero, debe alcanzar un acuerdo claro sobre ello como resultado de una transacción.

#### **Comentario al artículo 5.8- Continuación del desarrollo profesional.**

Estar al día de la evolución del derecho es una obligación profesional. En particular es esencial que los abogados estén al día del creciente impacto del derecho europeo en su área de actuación.

#### **Comentario al artículo 5.9- Disputa entre abogados de diferentes Estados miembros.**

El abogado tiene el derecho de ejercer cualquier recurso legal o de otro tipo contra un colega de otro estado miembro. Sin embargo es deseable que cuando exista una ruptura de una regla de conducta profesional o una disputa de naturaleza profesional se agoten las posibilidades de acuerdo amigable, si es necesario con la asistencia de los colegios y asociaciones de abogados concernidos, antes de que los recursos legales sean utilizados.

(1) Aprobado en la Sesión Plenaria del CCBE el 25-11-2006

(2) Aprobado en la Sesión Plenaria del CCBE de 11-05-2007

#### 4. Tabla de disposiciones

9555 <b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L	28-5-1862	Notariado.	29-5-1862
RD	3-2-1881	Enjuiciamiento Civil.	5-2-1881
RD	16-9-1882	Enjuiciamiento Criminal.	17-9-1882
RD	22-8-1885	Código de Comercio.	16-10-1885/ 24-10-1885
RD	24-7-1889	Código Civil.	25-7-1889
L	21-8-1893	Hipoteca naval.	23-8-1893
L	17-1-1901	Abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales.	18-1-1901
L	9-2-1912	Competencia judicial en procedimientos contra senadores y diputados.	10-2-1912
RDL	26-7-1929	Estatuto de la propiedad industrial.	7-5-1930
D	2-6-44	Organización y régimen del notariado.	7-7-44
D	8-2-46	Hipotecaria.	27-2-46
L	16-12-54	Expropiación forzosa.	17-12-54
L	27-11-56	Jurisdicción contencioso-administrativa.	28-12-56
L	17-7-58	Procedimiento administrativo.	18-7-58
L 48/1960	21-7-60	Navegación aérea.	23-7-60
L 49/1960	21-7-60	Propiedad horizontal.	23-7-60
D 424/1963	1-3-63	Gestores administrativos.	8-3-63
L 230/1963	28-12-63	General tributaria.	31-12-63
D 315/1964	7-2-64	Funcionarios civiles del Estado.	15-2-64

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
D 1531/1965	3-6-65	Competencia profesional de los gestores administrativos y graduados sociales.	14-6-65
L 2/1967	8-4-67	Embargo preventivo de buques.	11-4-67
D 2091/1971	13-8-71	Régimen administrativo de la sucesión abintestato a favor del Estado.	20-9-71
D 2930/1972	21-7-72	Fundaciones culturales.	30-10-72
L 38/1972	22-12-72	Protección del ambiente atmosférico.	26-12-72
L 2/1974	13-2-74	Colegios profesionales.	15-2-74
D 2065/1974	30-5-74	Seguridad Social.	20-7-74
D 3410/1975	25-11-75	Contratación del Estado.	27-12-75
RD 1346/1976	9-4-76	Régimen del suelo y ordenación urbana.	16-6-76
RD 2783/1976	15-10-76	Conservación y destino de piezas de convicción en materia de depósitos judiciales	8-12-76
L 10/1977	4-1-77	Mar territorial.	8-1-77
RD 871/1977	26-4-77	Economistas, profesores y peritos mercantiles.	28-4-77
L 15/1978	20-2-78	Zona económica exclusiva.	23-2-78
RD 2187/1978	23-6-78	Disciplina urbanística en aplicación de la Ley del suelo.	18-9-78
RD 3288/1978	25-8-78	Gestión urbanística.	31-1-79
Constitución	27-10-78	Constitución Española.	29-12-78
L 62/1978	26-12-78	Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.	3-1-79
LO 1/1979	26-9-79	General penitenciaria.	5-10-79
LO 2/1979	3-10-79	Tribunal Constitucional.	5-10-79
RD 2756/1979	23-11-79	Funciones del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.	5-12-79
L 40/1979	10-12-79	Régimen jurídico de control de cambios.	13-12-79
LO 3/1979	18-12-79	Estatuto de autonomía del País Vasco.	22-12-79
LO 4/1979	18-12-79	Estatuto de autonomía de Cataluña.	22-12-79
LO 2/1980	18-1-80	Referéndum.	23-1-80
RD 696/1980	14-4-80	Expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y extinción de contratos.	17-4-80
RD 2205/1980	13-6-80	Trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares.	18-10-80
LO 8/1980	22-9-80	Financiación de las Comunidades Autónomas.	1-10-80
L 50/1980	8-10-80	Contrato de seguro.	17-10-80
LO 11/1980	1-12-80	Suspensión de derechos fundamentales.	2-12-80
RDLeg 2795/1980	12-12-80	Articula la L 39/1980, de bases sobre procedimiento económico-administrativo.	30-12-80
L 1/1981	5-3-81	Suplementos de crédito para atender obligaciones derivadas del mejoramiento de los servicios e infraestructura del Organismo autónomo «Dirección General de Tráfico».	13-3-81
L 2/1981	25-3-81	Mercado hipotecario.	15-4-81
LO 1/1981	6-4-81	Estatuto de Autonomía para Galicia.	28-4-81
LO 3/1981	6-4-81	Defensor del pueblo.	7-5-81
L 50/1981	30-12-81	Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.	13-1-82

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
LO 7/1981	30-12-81	Estatuto de Autonomía para Asturias.	11-1-82
LO 8/1981	30-12-81	Estatuto de Autonomía para Cantabria.	11-1-82
Resol	24-2-82	Ordena la publicación del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados.	5-3-82
LO 2/1982	13-3-82	Tribunal de Cuentas.	21-5-82
LO 1/1982	5-5-82	Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen.	14-5-82
LO 3/1982	9-6-82	Estatuto de Autonomía de La Rioja.	19-6-82
LO 4/1982	9-6-82	Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.	19-6-82
RD 2046/1982	30-7-82	Estatuto general de los procuradores de los tribunales.	27-8-82
LO 9/1982	10-8-82	Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.	16-8-82
LO 10/1982	10-8-82	Estatuto de Autonomía de Canarias.	16-8-82
LO 13/1982	10-8-82	Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.	16-8-82
RD 437/1983	9-2-83	Constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal.	7-3-83
LO 1/1983	25-2-83	Estatuto de Autonomía de Extremadura.	26-2-83
LO 3/1983	25-2-83	Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.	1-3-83
L 9/1983	13-7-83	Presupuestos generales del Estado para 1983.	14-7-83
LO 9/1983	15-7-83	Derecho de reunión.	18-7-83
RD 2945/1983	9-11-83	Reales ordenanzas del Ejército de Tierra.	29-11-83
RD 494/1984	22-2-84	Ordenanzas del Ejército del Aire.	12-3-84
L 5/1984	26-3-84	Derecho de asilo y condición de refugiado.	27-3-84
LO 2/1984	26-3-84	Derecho de rectificación.	27-3-84
RD 1024/1984	23-5-84	Reales ordenanzas de la Armada.	30-5-84
L 6/1984	24-5-84	Procedimiento de «habeas corpus».	26-5-84
L 26/1984	19-7-84	Defensa de consumidores y usuarios.	24-7-84
RD 27/1984	26-7-84	Reconversión y reindustrialización.	28-7-84
LO 9/1984	26-12-84	Medidas antiterroristas.	3-1-85
L 4/1985	21-3-85	Extradición pasiva.	26-3-85
L 7/1985	2-4-85	Reguladora de las Bases de Régimen local.	3-4-85
LO 5/1985	19-6-85	Régimen electoral general.	20-6-85
L 16/1985	25-6-85	Patrimonio histórico español.	29-6-86
RD 1006/1985	26-6-85	Relación laboral de los deportistas profesionales.	27-6-85
LO 6/1985	1-7-85	Poder Judicial.	2-7-85
L 19/1985	16-7-85	Cambiaria y del cheque.	19-7-85
RD 1382/1985	1-8-85	Relación laboral del personal de alta dirección.	12-8-85
RD 1424/1985	1-8-85	Relación laboral del servicio doméstico.	13-8-85
RD 1435/1985	1-8-85	Relación laboral de los artistas en espectáculos públicos.	14-8-85
RD 1438/1985	1-8-85	Relación laboral de los representantes de comercio.	15-8-85
LO 11/1985	2-8-85	Libertad sindical.	8-8-85
LO 12/1985	27-11-85	Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.	29-11-85
LO 13/1985	9-12-85	Código penal militar.	11-12-85
L 2/1986	7-1-86	Liberaliza el cultivo del arroz.	11-1-86



<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
LO 1/1986	8-1-86	Supresión de la jurisdicción penal aeronáutica y adecuación de las sanciones.	14-1-86
RD 33/1986	10-1-86	Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.	17-1-86
LO 2/1986	13-3-86	Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.	14-3-86
L 11/1986	20-3-86	Patentes.	26-3-86
RD 1372/1986	13-6-86	Bienes de las Entidades Locales.	7-7-86
L 23/1986	24-12-86	Régimen jurídico de las cámaras agrarias.	30-12-86
LO 2/1987	18-5-87	Conflictos jurisdiccionales.	20-5-87
RD 769/1987	19-6-87	Policía judicial.	24-6-87
LO 4/1987	15-7-87	Jurisdicción militar.	18-7-87
L 16/1987	30-7-87	Ordenación de los transportes terrestres.	31-7-87
LO 5/1987	30-7-87	Delegación de facultades a las Comunidades Autónomas sobre transporte por carretera y por cable.	31-7-87
RD 1684/1987	6-11-87	Traspaso de funciones sobre los medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia al País Vasco.	31-12-87
L 1/1988	14-1-88	Modifica la Ley de 18-6-70, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.	15-1-88
L 7/1988	5-4-88	Funcionamiento del Tribunal de cuentas.	7-4-88
L 8/1988	7-4-88	Infracciones y sanciones en el orden social.	15-4-88
L 22/1988	28-7-88	Costas.	29-7-88
L 24/1988	28-7-88	Mercado de valores.	29-7-88
RDLeg 1091/1988	23-9-88	Ley general presupuestaria.	29-9-88
L 34/1988	11-11-88	Publicidad.	15-11-88
LO 7/1988	28-12-88	Modif LOPJ y LECr.	30-12-88
L 39/1988	28-12-88	Haciendas Locales.	30-12-88
L 3/1989	3-3-89	Ampliación del permiso por maternidad y medidas para favorecer igualdad de trato de la mujer en el trabajo.	8-3-89
L 8/1989	13-4-89	Tasas y precios públicos.	15-4-89
LO 2/1989	13-4-89	Procesal militar.	18-4-89
RD 479/1989	5-5-89	Comisión arbitral de propiedad intelectual.	11-5-89
L 16/1989	17-7-89	Defensa de la competencia.	18-7-89
RD 1427/1989	17-11-89	Arancel de los registradores de la propiedad.	28-11-89
RDLeg 1564/1989	22-12-89	Sociedades anónimas.	27-12-89
RDLeg 339/1990	2-3-90	Tráfico y seguridad vial.	14-3-90
RD 500/1990	20-4-90	Desarrolla el capítulo primero del título sexto de la L 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.	27-4-90
L 4/1990	29-6-90	Presupuestos generales del Estado para 1990.	30-6-90
RD 966/1990	20-7-90	Traspaso de funciones sobre medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Cataluña.	28-7-90
RDLeg 1175/1990	28-9-90	Tarifas e instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas.	29-9-90

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L 10/1990	15-10-90	Deporte.	17-10-90
L 3/1991	10-1-91	Competencia desleal.	11-1-91
L 12/1991	29-4-91	Agrupaciones de interés económico.	30-4-91
LO 11/1991	17-6-91	Régimen disciplinario de la Guardia Civil.	18-6-91
LO 1/1992	21-2-92	Protección de la seguridad ciudadana.	22-2-92
L 10/1992	30-4-92	Reforma procesal.	5-5-92
RDLeg 1/1992	26-6-92	Régimen del suelo y ordenación urbana.	30-6-92
L 19/1992	7-7-92	Sociedades y fondos de inversión sobre titulación hipotecaria.	14-7-92
L 23/1992	30-7-92	Seguridad privada.	4-8-92
L 27/1992	24-11-92	Puertos del Estado y de la Marina mercante.	25-11-92
L 30/1992	26-11-92	Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común.	27-11-92
RDL 3/1993	26-2-93	Medidas financieras, tributarias y de empleo.	2-3-06
L 3/1993	22-3-93	Cámaras oficiales de comercio, industria y navegación.	23-3-93
RD 429/1993	26-3-93	Procedimiento administrativo en materia de responsabilidad patrimonial.	4-5-93
RD 636/1993	3-5-93	Sistema arbitral de consumo.	21-5-93
RD 1398/1993	4-8-93	Procedimiento sancionador.	9-8-93
L 19/1993	28-12-93	Prevención del blanqueo de capitales.	29-12-93
L 3/1994	14-4-94	Adaptación de las entidades de crédito a la segunda Directiva de coordinación bancaria.	15-4-94
LO 15/1994	1-6-94	Enjuiciamiento de violaciones de derechos humanos en la antigua Yugoslavia.	2-6-94
L 13/1994	1-6-94	Autonomía del Banco de España.	2-6-94
RDLeg 1/1994	20-6-94	Seguridad Social.	29-6-94
RDL 8/1994	5-8-94	Supresión de las cámaras oficiales de propiedad urbana y destino de su patrimonio.	9-8-94
RD 2166/1994	4-11-94	Traspaso de funciones sobre medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Galicia.	23-12-94
L 30/1994	24-11-94	Fundaciones.	25-11-94
LO 19/1994	23-12-94	Protección de testigos y peritos en causas criminales.	24-12-94
RD 293/1995	24-2-95	Traspaso de funciones sobre medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Valencia.	1-3-95
L 2/1995	23-3-95	Sociedades de responsabilidad limitada.	24-3-95
RDLeg 1/1995	24-3-95	Estatuto de los trabajadores.	29-3-95
RDLeg 2/1995	7-4-95	Procedimiento laboral.	11-4-95
LO 5/1995	22-5-95	Tribunal del jurado.	23-5-95
L 16/1995	30-5-95	Declaración de Parque Nacional de los Picos de Europa.	31-5-95
RD 925/1995	9-6-95	Prevención del blanqueo de capitales.	6-7-95
RD 1637/1995	6-10-95	Recaudación de la Seguridad Social.	24-10-95
L 30/1995	8-11-95	Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.	9-11-95
LO 10/1995	23-11-95	Código Penal.	24-11-95
L 35/1995	11-12-95	Asistencia a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.	12-12-95

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
LO 12/1995	12-12-95	Represión del contrabando.	13-12-95
L 1/1996	10-1-96	Asistencia jurídica gratuita.	12-1-96
LO 1/1996	15-1-96	Protección jurídica del menor.	17-1-96
RD 43/1996	19-1-96	Reglamento de regulación de empleo y actuación administrativa en traslados colectivos.	20-2-96
RD 84/1996	26-1-96	Inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variación de datos de trabajadores de la Seguridad Social.	27-2-96
RD 190/1996	9-2-96	Reglamento penitenciario.	15-2-96
RD 391/1996	1-3-96	Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.	23-3-96
RDLeg 1/1996	12-4-96	Propiedad intelectual.	22-4-96
RDL 7/1996	7-6-96	Medidas de fomento y liberalización de la actividad económica.	8-6-96
RD 2462/1996	2-12-96	Traspaso de funciones sobre medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Canarias.	20-12-96
L 10/1996	18-12-96	Incentivos para la internacionalización de las empresas y corrección de la doble imposición interna intersocietaria.	19-12-96
RD 142/1997	31-1-97	Traspaso de funciones sobre los medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Andalucía.	13-3-97
L 4/1997	24-3-97	Sociedades laborales.	25-3-97
L 10/1997	24-4-97	Derecho de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitaria.	25-4-97
L 21/1997	3-7-97	Emisiones y retransmisiones deportivas.	4-7-97
RD 1093/1997	4-7-97	Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.	23-7-97
LO 4/1997	4-8-97	Uso de videocámaras por los cuerpos de seguridad del Estado en lugares públicos.	5-8-97
L 50/1997	27-11-97	Gobierno.	28-11-97
L 52/1997	27-11-97	Asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas.	28-11-97
L 66/1997	30-12-97	Medidas fiscales, administrativas y del orden social.	31-12-97
L 1/1998	26-2-98	Derechos y Garantías de los Contribuyentes.	27-2-98
L 6/1998	13-4-98	Régimen del suelo y valoraciones.	14-4-98
L 7/1998	13-4-98	Condiciones generales de contratación.	14-4-98
L 11/1998	24-4-98	Telecomunicaciones.	25-4-98
LO 4/1998	1-7-98	Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda.	2-7-98
L 22/1998	6-7-98	Objeción de conciencia y prestación social sustitutoria.	7-7-98
L 24/1998	13-7-98	Servicio postal universal y liberalización de los servicios postales.	14-7-98
L 28/1998	13-7-98	Venta a plazos de bienes muebles.	14-7-98
L 29/1998	13-7-98	Jurisdicción contencioso-administrativa.	14-7-98
LO 8/1998	2-12-98	Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.	3-12-98
L 42/1998	15-12-98	Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.	16-12-98
RD 2726/1998	18-12-98	Integración de los servicios periféricos de la DG de Objeción de Conciencia en las Delegaciones del Gobierno.	12-1-99

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L 50/1998	30-12-98	Medidas fiscales, administrativas y del orden social.	31-12-98
L 1/1999	5-1-99	Entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras.	6-1-99
L 4/1999	13-1-99	Modificación de la L 30/1992.	14-01-99
LO 5/1999	13-1-99	Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.	14-1-99
RD 371/1999	5-3-99	Régimen de la «Empresa de Transformación Agraria, SA» (TRAGSA).	16-3-99
RD 429/1999	12-3-99	Modif RD 2772/1978. Estatutos de los Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos y Peritos Agrícolas.	8-4-99
RD 520/1999	26-3-99	Agencia Española del Medicamento.	31-3-99
RD 813/1999	14-5-99	Traspaso de funciones sobre medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Navarra.	9-6-99
L 17/1999	18-5-99	Régimen del personal de las Fuerzas Armadas.	19-5-99
L 27/1999	16-7-99	Cooperativas.	17-7-99
L 41/1999	12-11-99	Sistemas de pagos y liquidación de valores.	13-11-99
L 42/1999	25-11-99	Régimen del personal de la Guardia Civil.	26-11-99
L 45/1999	29-11-99	Desplazamiento de trabajadores en prestación de servicios transnacional.	30-11-99
LO 15/1999	13-12-99	Protección de datos de carácter personal.	14-12-99
L 1/2000	7-1-00	Enjuiciamiento Civil.	8-1-00
L 2/2000	7-1-00	Contratos tipo de productos agroalimentarios.	10-1-00
LO 1/2000	7-1-00	Modificación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional.	10-1-00
LO 4/2000	11-1-00	Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.	12-1-00
LO 5/2000	12-1-00	Responsabilidad penal de los menores.	13-1-00
RDLeg 2/2000	16-6-00	Contratos de las administraciones públicas.	21-6-00
RDLeg 5/2000	4-8-00	Infracciones y sanciones en el orden social.	8-8-00
LO 9/2000	22-12-00	Medidas urgentes para agilizar la Administración de Justicia.	23-12-00
L 14/2000	29-12-00	Medidas fiscales, administrativas y del orden social.	30-12-00
RD 658/2001	22-6-01	Estatuto general de la abogacía.	10-7-01
RD 782/2001	6-7-01	Relación laboral especial de los penados en talleres penitenciarios y protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.	7-7-01
RDLeg 1/2001	20-7-01	Aguas.	24-7-01
RD 864/2001	20-7-01	Reglamento de ejecución de la LO 4/2000.	21-7-01
RD 947/2001	3-8-01	Servicio jurídico de la Seguridad Social.	7-9-01
RD 936/2001	3-8-01	Ejercicio permanente de la abogacía en España con título obtenido en otro estado miembro de la UE.	4-8-01
L 17/2001	7-12-01	Marcas.	8-12-01
LO 6/2001	21-12-01	Universidades.	24-12-01
L 24/2001	27-12-01	Medidas fiscales, administrativas y del orden social.	31-12-01
RD 54/2002	18-1-02	Modifica el RD 769/1987, sobre regulación de la Policía Judicial.	29-1-92

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
RD 231/2002	1-3-02	Registro central de rebeldes civiles.	16-3-02
LO 1/2002	22-3-02	Derecho de asociación.	26-3-02
L 11/2002	6-5-02	Centro Nacional de Inteligencia.	7-5-02
LO 6/2002	27-6-02	Partidos políticos.	28-6-02
RD 600/2002	1-7-02	Traspaso de funciones sobre medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Madrid.	3-7-02
L 34/2002	11-7-02	Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.	12-7-02
L 38/2002	24-10-02	Modif LECr. Enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas y procedimiento abreviado.	28-10-02
RD 1281/2002	5-12-02	Procuradores de los tribunales.	21-12-02
LO 9/2002	10-12-02	Modif CP y CC en materia de sustracción de menores.	11-12-02
LO 49/2002	23-12-02	Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos al mecenazgo.	24-12-02
L 53/2002	30-12-02	Medidas fiscales, administrativas y del orden social.	31-12-02
RD 209/2003	21-2-03	Medios telemáticos para la aportación de certificados.	28-2-03
L 3/2003	14-3-03	Orden europea de detención y entrega.	17-3-03
LO 2/2003	14-3-03	Complementa L 3/2003.	17-3-03
OM HAC/661/2003	24-3-03	Modelo de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y cont-advo.	26-3-06
L 12/2003	21-5-03	Prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.	22-5-03
L 17/2003	29-5-03	Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.	30-5-03
L 20/2003	7-7-03	Protección jurídica del diseño industrial.	8-7-03
L 22/2003	9-7-03	Concursal.	10-7-03
LO 8/2003	9-7-03	Concursal y reforma LOPJ.	10-7-03
L 23/2003	10-7-03	Garantías en la venta de bienes de consumo.	11-7-03
RD 937/2003	18-7-03	Modernización de los archivos judiciales.	30-7-03
RD 996/2003	25-7-03	Reglamento de asistencia jurídica gratuita.	7-8-03
RD 997/2003	25-7-03	Servicio jurídico del Estado.	7-8-03
L 27/2003	31-7-03	Orden de protección de víctimas de violencia doméstica.	1-8-03
L 32/2003	3-11-03	Telecomunicaciones.	4-11-03
L 33/2003	3-11-03	Patrimonio de las administraciones públicas.	4-11-03
L 34/2003	4-11-03	Seguros privados.	5-11-03
RD 1373/2003	7-11-03	Arancel de derechos de los procuradores.	20-11-03
L 36/2003	11-11-03	Medidas de reforma económica.	12-11-03
L 38/2003	17-11-03	Subvenciones.	18-11-03
L 41/2003	18-11-03	Protección patrimonial de las personas con discapacidad.	19-11-03
L 43/2003	21-11-03	Montes.	22-11-03
RD 1428/2003	21-11-03	Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el RDLeg 339/1990.	23-12-03
LO 15/2003	25-11-03	Modif LO 10/1995. Código Penal.	26-11-03
L 47/2003	26-11-03	General presupuestaria.	27-11-03

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L 51/2003	2-12-03	Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad.	3-12-03
L 52/2003	10-12-03	Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.	11-12-03
LO 18/2003	10-12-03	Cooperación con la Corte Penal Internacional.	11-12-03
L 55/2003	16-12-03	Personal estatutario de los servicios de salud.	17-12-03
L 58/2003	17-12-03	General tributaria.	18-12-03
L 59/2003	19-12-03	Firma electrónica.	20-12-03
L 60/2003	23-12-03	Arbitraje.	26-12-03
LO 19/2003	23-12-03	Modif LO 6/1985. Poder Judicial.	26-12-03
RDLeg 1/2004	5-3-04	Catastro inmobiliario.	8-3-04
RDLeg 2/2004	5-3-04	Haciendas Locales.	9-3-04
OM JUS/1263/2004	18-3-04	Integración de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia en los Cuerpos y Escalas creados por LO 19/2003.	12-5-04
RD 1415/2004	11-6-04	Recaudación de la Seguridad Social.	25-6-04
RD 1649/2004	9-7-04	Creación de juzgados de lo mercantil.	13-7-04
RD 1774/2004	30-7-04	Responsabilidad penal de los menores.	30-8-04
RD 1860/2004	6-9-04	Arancel de derechos de los administradores concursales.	7-9-04
RD 2063/2004	15-10-04	Reglamento general del régimen sancionador tributario.	28-10-04
RDLeg 6/2004	29-10-04	Ordenación y supervisión de los seguros privados.	5-11-04
RDLeg 7/2004	29-10-04	Consortio de compensación de seguros.	5-11-04
RDLeg 8/2004	29-10-04	Responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor.	5-11-04
RDL 8/2004	5-11-04	Indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad.	10-11-04
L 1/2004	21-12-04	Horarios comerciales.	22-12-04
LO 1/2004	28-12-04	Protección Integral contra la Violencia de Género.	29-12-04
RD 232/2005	4-3-05	Modif RD 437/1983. Constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal.	17-3-05
RD 59/2005	21-1-05	Modifica el RD 442/1994, sobre primas y financiación a la construcción naval.	1-2-05
L 6/2005	22-4-05	Saneamiento y liquidación de las entidades de crédito.	23-4-05
RD 520/2005	13-5-05	Desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa.	27-5-05
RD 685/2005	10-6-05	Publicidad de resoluciones concursales.	11-6-05
RD 796/2005	1-7-05	Régimen disciplinario del personal al servicio de la administración de justicia.	23-7-05
RD 939/2005	29-7-05	Reglamento general de recaudación.	2-9-05
L 18/2005	30-9-05	Deroga L 23/1986. Régimen jurídico de las cámaras agrarias.	1-10-05
OM JUS/3473/2005	8-11-05	Difusión y publicidad de las resoluciones concursales a través de Internet.	9-11-05
LO 5/2005	17-11-05	Defensa nacional.	18-11-05
L 22/2005	18-11-05	Régimen fiscal de las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes y de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la UE.	19-11-05

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L 25/2005	24-11-05	Entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras.	25-11-05
RD 1451/2005	7-12-05	Reglamento de ingreso y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la administración de justicia.	27-12-05
RD 1608/2005	30-12-05	Secretarios Judiciales.	20-1-06
RD 1/2006	13-1-06	Modif RD 1373/2003. Arancel de derechos de los procuradores de los tribunales.	28-1-06
L 1/2006	13-3-06	Régimen especial del municipio de Barcelona.	14-3-06
RD 351/2006	24-3-06	Modif RD 1281/2005. Estatuto de los procuradores de los tribunales.	12-4-06
RD 353/2006	24-3-06	Junta arbitral prevista en el convenio económico entre el Estado y Navarra.	7-4-06
LO 1/2006	10-4-06	Reforma de la LO 5/1982, de Estatuto de Autonomía de la C. Valenciana.	11-4-06
LO 6/2006	19-7-06	Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.	20-7-06
L 5/2006	10-4-06	Conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración del Estado.	11-4-06
RD 467/2006	21-4-06	Depósitos y consignaciones judiciales.	12-5-06
L 16/2006	26-5-06	Estatuto del miembro nacional de Eurojust y relaciones con este órgano de la UE.	27-5-06
L 18/2006	5-6-06	Eficacia en la UE de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas penales.	6-6-06
RDL 5/2006	9-6-06	Mejora del crecimiento y del empleo.	14-6-06
L 22/2006	4-7-06	Capitalidad y régimen especial de Madrid.	5-7-06
L 28/2006	18-7-06	Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.	19-7-06
RD 966/2006	1-9-06	Traspaso de funciones sobre medios económicos para el funcionamiento de la administración de justicia a Asturias.	5-9-06
L 33/2006	30-10-06	Igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.	31-10-06
L 34/2006	30-10-06	Acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales.	31-10-06
RD 1331/2006	17-11-06	Relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos.	18-11-06
RD 1417/2006	1-12-06	Sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.	13-12-06
OM JUS/52/2007	19-1-07	Comisión de Implantación de la Nueva Oficina Judicial.	24-1-07
LO 1/2007	28-2-07	Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.	1-3-07
L 2/2007	15-3-07	Sociedades profesionales.	16-3-07
LO 2/2007	19-3-07	Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.	20-3-07
L 5/2007	3-4-07	Red de Parques Nacionales.	4-4-07
L 15/2007	3-7-07	Defensa de la Competencia.	4-7-07
LO 5/2007	20-4-07	Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.	23-4-07
L 20/2007	11-7-07	Estatuto del trabajo autónomo.	12-7-07
RD 1065/2007	27-7-07	Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de	5-9-07

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
		desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.	
LO 12/2007	22-10-07	Régimen disciplinario de la Guardia Civil.	23-10-07
RDLeg 1/2007	16-11-07	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.	30-11-07
L 39/2007	19-11-07	Carrera militar.	20-11-07
LO 14/2007	30-11-07	Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.	1-12-07
RD 63/2008	25-1-08	Procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje.	4-2-08
RD 221/2008	15-2-08	Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.	29-2-08
RD 231/2008	15-2-08	Sistema arbitral de consumo.	25-2-08
LO 1/2008	30-7-08	Autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, que modifica el TUE y el TCE.	31-7-08
L 1/2008	31-7-08	Ejecución en la UE de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.	5-12-08
RD 1977/2008	28-11-08	Composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.	11-12-08
RD 2128/2008	26-12-08	Salario mínimo interprofesional para 2009.	30-12-08
RD 95/2009	6-2-09	Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.	7-2-09
RDL 3/2009	27-3-09	Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.	31-3-09
L 2/2009	31-3-09	Contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.	1-4-09
L 12/2009	30-10-09	Derecho de asilo y de la protección subsidiaria.	31-10-09
LO 1/2009	3-11-09	Complementaria de la L 13/2009, por la que se modifica la LOPJ.	4-11-09
L 13/2009	3-11-09	Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.	4-11-09
L 15/2009	11-11-09	Contrato de transporte terrestre de mercancías.	12-11-09
L 16/2009	13-11-09	Servicios de pago.	14-11-09
L 17/2009	23-11-09	Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.	24-11-09
L 19/2009	23-11-09	Medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.	24-11-09
L 25/2009	22-12-09	Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.	23-12-09
L 26/2009	23-12-09	Presupuestos Generales del Estado para 2010.	24-12-09
L 29/2009	30-12-09	Modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.	31-12-09
RD 2030/2009	30-12-09	Salario Mínimo Interprofesional para 2010.	31-12-09
LO 1/2010	19-2-10	Modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.	20-2-10
LO 2/2010	3-3-10	Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.	4-3-10



<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
RD 247/2010	5-3-10	Modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por RD 997/2003.	6-3-10
RD 254/2010	5-3-10	Ampliación de medios personales, patrimoniales y económicos adscritos a los servicios traspasados a la CA de Aragón por el RD 1702/2007, en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia y de ampliación de medios patrimoniales del RD 1070/1984, en materia de protección de menores.	31-3-10
L 4/2010	10-3-10	Ejecución en la UE de resoluciones judiciales de decomiso.	11-3-10
LO 3/2010	10-3-10	Modificación de la LO 6/1985, del Poder Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la UE de resoluciones judiciales de decomiso por la Comisión de infracciones penales.	11-3-10
RDL 5/2010	31-3-10	Amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal.	1-4-10
RDL 6/2010	9-4-10	Medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.	13-4-10
L 10/2010	28-4-10	Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.	29-4-10
RDL 10/2010	16-6-10	Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.	17-6-10
LO 5/2010	22-6-10	Modifica la LO 10/1995, del Código Penal.	23-6-10
OM JUS/1741/2010	22-6-10	Estructura y relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la primera fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.	30-6-10
RDLeg 1/2010	2-7-10	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.	3-7-10
L 15/2010	5-7-10	Modificación de la L 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.	6-7-10
RD 21/2010	16-7-10	Régimen de cesión de tributos del Estado a la CA de La Rioja y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.	17-7-10
L 31/2010	27-7-10	Simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la UE.	28-7-10
LO 6/2010	27-7-10	Complementaria de la L 31/2010 y por la que se modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial.	28-7-10
L 34/2010	5-8-10	Modificación de las Leyes 30/2007, 31/2007 y 29/1998.	9-8-10
L 35/2010	17-9-10	Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.	18-9-10
RD 1163/2010	17-9-10	Ampliación de bienes patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a Cantabria por el RD 817/2007, en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.	30-9-10
RD 1287/2010	15-10-10	Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.	23-10-10
LO 7/2010	27-10-10	Reforma de la LO 13/1982, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.	28-10-10
Acuerdo	28-10-10	Pleno del CGPJ. Aprueba el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.	22-11-10

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
LO 8/2010	4-11-10	Reforma de la LO 5/1985, del Régimen Electoral General, y de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional.	5-11-10
OM ITC/3123/2010	26-11-10	Control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor.	3-12-10
L 39/2010	22-12-10	Presupuestos Generales del Estado para 2011.	23-12-11
OM JUS/3388/2010	22-12-10	Estructura y relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la segunda fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.	31-12-10
RD 1748/2010	23-12-10	Estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.	14-1-11
L 43/2010	30-12-10	Servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.	31-12-10
RD 1795/2010	30-12-10	Salario mínimo interprofesional para 2011.	31-12-10
RD 1800/2010	30-12-10	Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a La Rioja en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.	31-12-10
LO 1/2011	28-1-11	Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.	29-1-11
LO 2/2011	28-1-11	Modifica la LO 5/1985, del Régimen Electoral General.	29-1-11
LO 3/2011	28-1-11	Modifica la LO 5/1985, del Régimen Electoral General.	29-1-11
L 2/2011	4-3-11	Economía Sostenible.	5-3-11
L 4/2011	24-3-11	Modificación de la L 1/2000, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.	25-3-11
RD 651/2011	9-5-11	Amplía los medios traspasados a la Generalitat de Cataluña por el RD 966/1990, en materia de provisión de medios materiales y económicos al servicio de la Administración de Justicia.	13-5-11
L 11/2011	20-5-11	Reforma de la L 60/2003.	21-5-11
L 12/2011	27-5-11	Responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.	28-5-11
L 14/2011	1-6-11	Ciencia, la Tecnología y la Innovación.	2-6-11
RD 775/2011	3-6-11	Reglamento de la L 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.	16-6-11
RD 777/2011	3-6-11	Estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración.	4-6-11
RD 840/2011	17-6-11	Circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.	18-6-11
L 16/2011	24-6-11	Contratos de crédito al consumo.	25-6-11
RDL 8/2011	1-7-11	Medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.	7-7-11

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L 18/2011	5-7-11	Uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.	6-7-11
LO 4/2011	15-7-11	Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.	18-7-11
L 20/2011	21-7-11	Registro Civil.	22-7-11
RDL 8/2011	21-7-11	Complementaria de la Ley del Registro Civil, por la que se modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial.	22-7-11
L 24/2011	1-8-11	Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.	2-8-11
L 27/2011	1-8-11	Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.	2-8-11
RDL 11/2011	26-8-11	Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena.	30-8-11
RDL 12/2011	26-8-11	Modifica la L 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.	30-8-11
RD 1273/2011	16-9-11	Modifica el RD 467/2006.	29-9-11
L 29/2011	22-9-11	Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.	23-9-11
L 31/2011	4-10-11	Modifica la L 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva.	5-10-11
L 33/2011	4-10-11	General de Salud Pública.	5-10-11
L 35/2011	4-10-11	Titularidad compartida de las explotaciones agrarias.	5-10-11
L 36/2011	10-10-11	Reguladora de la jurisdicción social.	11-10-11
L 37/2011	10-10-11	Medidas de agilización procesal.	11-10-11
L 38/2011	10-10-11	Reforma de la L 22/2003, Concursal.	11-10-11
RDL 16/2011	14-10-11	Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.	15-10-11
RDLeg 3/2011	14-11-11	Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.	16-11-11
OM EHA/3552/2011	19-12-11	Términos en los que los obligados tributarios pueden ejercitar la posibilidad de señalar días en los que la AEAT no podrá poner notificaciones a su disposición en la dirección electrónica habilitada y modifica la OM HAC/661/2003.	29-12-11
RD 1823/2011	21-12-11	Reestructuran los departamentos ministeriales.	22-12-11
RD 1887/2011	30-12-11	Estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.	31-12-11
RD 1888/2011	30-12-11	Salario mínimo interprofesional para 2012.	31-12-11
RD 1889/2011	30-12-11	Funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.	31-12-12
RDL 2/2012	3-2-12	Saneamiento del sector financiero.	4-2-12
RDL 3/2012	10-2-12	Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.	11-2-12
RD 453/2012	5-3-12	Estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el RD 1887/2011.	6-3-12
RD 454/2012	5-3-12	Estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.	6-3-12
OM HAP/455/2012	6-3-12	Delega la autorización para suscribir y celebrar los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal respecto de determinados créditos de la hacienda pública.	7-3-12

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
RDL 6/2012	9-3-12	Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.	10-3-12
RDL 11/2012	30-3-12	Medidas para agilizar el pago de las ayudas a los damnificados por el terremoto, reconstruir los inmuebles demolidos e impulsar la actividad económica de Lorca.	31-3-12
RDL 14/2012	20-4-12	Medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.	21-4-12
RDL 19/2012	25-5-12	Medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.	26-5-12
RD 1003/2012	29-6-12	Modifica el RD 997/2003.	10-7-12
L 2/2012	29-6-12	Presupuestos Generales del Estado para 2012.	30-6-12
L 3/2012	6-7-12	Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.	7-7-12
L 4/2012	6-7-12	Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.	7-7-12
L 5/2012	6-7-12	Mediación en asuntos civiles y mercantiles.	7-7-12
RDL 20/2012	13-7-12	Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.	14-7-12
RD 1143/2012	27-7-12	Estatuto del organismo autónomo Servicio Militar de Construcciones.	28-7-12
RDL 24/2012	31-8-12	Reestructuración y resolución de entidades de crédito.	31-8-12
RD 1290/2012	7-9-12	Modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el RD 849/1986, y el RD 509/1996, de desarrollo del RDL 11/1995, de normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.	20-9-12
RD 1333/2012	21-9-12	Seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales.	6-10-12
L 7/2012	29-10-12	Modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.	30-10-12
L 9/2012	14-11-12	Reestructuración y resolución de entidades de crédito.	15-11-12
L 10/2012	20-11-12	Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.	21-11-12
OM HAP/2662/2012	13-12-12	Aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y determina el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación.	15-12-12
L 13/2012	26-12-12	Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.	27-12-12
LO 8/2012	27-12-12	Medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985.	28-12-12
L 15/2012	27-12-12	Medidas fiscales para la sostenibilidad energética.	28-12-12
L 16/2012	27-12-12	Medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.	28-12-12
L 17/2012	27-12-12	Presupuestos Generales del Estado para 2013.	28-12-12

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
RDL 3/2013	22-2-13	Modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.	23-2-13
RDL 4/2013	22-2-13	Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.	23-2-13
RDL 6/2013	22-2-13	Protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.	23-2-13
OM HAP/490/2013	27-3-13	Modifica la OM HAP/2662/2012.	30-3-13
L 1/2013	14-5-13	Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.	15-5-13
RD 357/2013	17-5-13	Dispone el cese de don Alberto Carnero Fernández como Director del Gabinete del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación.	18-5-13
L 2/2013	29-5-13	Protección y uso sostenible del litoral y modificación de la L 22/1988.	30-5-13
L 3/2013	4-6-13	Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	5-6-13
L 4/2013	4-6-13	Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.	5-6-13
RD 396/2013	7-6-13	Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica.	19-6-13
LO 3/2013	20-6-13	Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.	21-6-13
L 8/2013	26-6-13	Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.	27-6-13
RDL 7/2013	28-6-13	Medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.	29-6-13
LO 4/2013	28-6-13	Reforma del Consejo General del Poder Judicial, que modifica la LO 6/1985.	29-6-13
L 11/2013	26-7-13	Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.	27-7-13
RDL 11/2013	2-8-13	Protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.	3-8-13
RD 657/2013	30-8-13	Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	31-8-13
L 14/2013	27-9-13	Apoyo a los emprendedores y su internacionalización.	28-9-13
OM ECC/1796/2013	4-10-13	Fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	5-10-13
RD 828/2013	25-10-13	Modifica el Rgto del IVA, aprobado por RD 1624/1992, el Rgto General de desarrollo de la L 58/2003, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por RD 520/2005; el RD 1065/2007, del Rgto General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos y el Rgto que regula las obligaciones de facturación, aprobado por RD 1619/2012.	26-10-13
L 17/2013	29-10-13	Garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.	30-10-13
LO 6/2013	14-11-13	Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.	15-11-13

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
RDLeg 1/2013	29-11-13	Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.	3-12-13
L 19/2013	9-12-13	Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.	10-12-13
L 20/2013	9-12-13	Garantía de la unidad de mercado.	10-12-13
L 21/2013	9-12-13	Evaluación ambiental.	11-12-13
OM HAP/2425/2013	23-12-13	Límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1-1-14.	27-12-13
L 22/2013	23-12-13	Presupuestos Generales del Estado para 2014.	26-12-13
L 24/2013	26-12-13	Sector Eléctrico.	27-12-13
L 26/2013	27-12-13	Cajas de ahorros y fundaciones bancarias.	28-12-13
RDL 1/2014	24-1-14	Reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas.	25-1-14
L 1/2014	28-2-14	Protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.	1-3-14
OM HAP/366/2014	7-3-14	Modifica la OM PRE/3581/2007, que establece los departamentos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se les atribuyen funciones y competencias.	15-3-14
RDL 4/2014	7-3-14	Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.	8-3-14
LO 1/2014	13-3-14	Modificación de la LO 6/1985, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.	14-3-14
RD 162/2014	14-3-14	Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.	15-3-14
RD 164/2014	14-3-14	Normas complementarias para la producción, designación, presentación y etiquetado de determinadas bebidas espirituosas.	26-3-14
L 2/2014	25-3-14	Acción y del Servicio Exterior del Estado.	26-3-14
L 3/2014	27-3-14	Modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDLeg 1/2007.	28-3-14
RD 215/2014	28-3-14	Estatuto Orgánico de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.	29-3-14
L 5/2014	4-4-14	Seguridad Privada.	5-4-14
L 6/2014	7-4-14	Modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el RDLeg 339/1990.	8-4-14
RD 1006/2014	22-4-14	Sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española.	23-4-14
RD 304/2014	5-5-14	Reglamento de la L 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.	6-5-14
RD 418/2014	6-6-14	Modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.	18-6-14
L 10/2014	26-6-14	Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.	27-6-14
RD 576/2014	4-7-14	Modifica el RD 95/2009, del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia y se crea el fondo documental de requisitorias.	17-7-14

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
RDL 8/2014	4-7-14	Medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.	5-7-14
LO 4/2014	11-7-14	Complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial.	12-7-14
L 13/2014	14-7-14	Transformación del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores.	15-7-14
L 14/2014	24-7-14	Navegación Marítima.	25-7-14
RDL 11/2014	5-9-14	Medidas urgentes en materia concursal.	6-9-14
L 15/2014	16-9-14	Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.	17-9-14
LO 5/2014	17-9-14	Autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010.	18-9-14
L 17/2014	30-9-14	Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.	1-10-14
RD 876/2014	10-10-14	Reglamento General de Costas.	11-10-14
L 18/2014	15-10-14	Medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.	17-10-14
LO 6/2014	29-10-14	Complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, por la que se modifica la LO 6/1985.	30-10-14
L 21/2014	4-11-14	Modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por RDLeg 1/1996, y la L 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.	5-11-14
LO 7/2014	11-11-14	Intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la UE.	13-11-14
L 22/2014	12-11-14	Entidades de capital-riesgo, entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, que modifica la L 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva.	13-11-14
L 25/2014	27-11-14	Tratados y otros Acuerdos Internacionales.	28-11-14
L 27/2014	27-11-14	Impuesto sobre Sociedades.	28-11-14
L 28/2014	27-11-14	Modifica la L 37/1992, del IVA, la L 20/1991, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la L 38/1992, de Impuestos Especiales, y la L 16/2013, de determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.	28-11-14
L 30/2014	3-12-14	Parques Nacionales.	4-12-14
L 31/2014	3-12-14	Modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.	4-12-14
LO 8/2014	4-12-14	Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.	5-12-14
RD 1072/2014	19-12-14	Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria y se aprueba su Estatuto.	23-12-14
L 35/2014	26-12-14	Modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de	29-12-14

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
		las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.	
RDL 1/2015	27-2-15	Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.	28-2-15
LO 1/2015	30-3-15	Modifica la LO 10/1995, del Código Penal.	31-3-15
LO 2/2015	30-3-15	Modifica la LO 10/1995, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.	31-3-15
LO 4/2015	30-3-15	Protección de la seguridad ciudadana.	31-3-15
L 4/2015	27-4-15	Estatuto de la víctima del delito.	28-4-15
LO 5/2015	27-4-15	Modifica la LECr y la LOPJ, para transponer la Dir 2010/64/UE, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Dir 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales.	28-4-15
L 6/2015	12-5-15	Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico.	13-5-15
L 9/2015	25-5-15	Medidas urgentes en materia concursal.	26-5-15
OM JUS/1126/2015	10-6-15	Sede judicial electrónica correspondiente al ámbito territorial del Ministerio de Justicia.	16-6-15
L 12/2015	24-6-15	Concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.	25-6-15
L 13/2015	24-6-15	Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8-2-1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por RDLeg 1/2004.	25-6-15
L 15/2015	2-7-15	Jurisdicción Voluntaria.	3-7-15
L 16/2015	7-7-15	Estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior.	8-7-15
L 19/2015	13-7-15	Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.	14-7-15
L 20/2015	14-7-15	Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.	15-7-15
L 21/2015	20-7-15	Modifica la L 43/2003, de Montes.	21-7-15
L 23/2015	21-7-15	Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.	22-7-15
LO 7/2015	21-7-15	Modifica la LOPJ	22-7-15
LO 8/2015	22-7-15	Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.	23-7-15
L 24/2015	24-7-15	Ley de Patentes.	25-7-15
L 25/2015	28-7-15	Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.	29-7-15
L 26/2015	28-7-15	Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	28-7-15
L 29/2015	30-7-15	Cooperación jurídica internacional en materia civil.	31-7-15
L 34/2015	21-9-15	Modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.	22-9-15
L 35/2015	22-9-15	Reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.	23-9-15



<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L 36/2015	28-9-15	Seguridad Nacional.	29-9-15
L 38/2015	29-9-15	Sector ferroviario.	30-9-15
L 39/2015	1-10-15	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.	1-10-15
L 40/2015	1-10-15	Régimen Jurídico del Sector Público.	2-10-15
L 42/2015	5-10-15	Reforma de la L 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.	6-10-15
LO 13/2015	5-10-15	Modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.	6-10-15
L 41/2015	5-10-15	Modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.	6-10-15
L 43/2015	9-10-15	Tercer Sector de Acción Social.	10-10-15
L 44/2015	14-10-15	Sociedades Laborales y Participadas.	15-10-15
LO 14/2015	14-10-15	Código Penal Militar.	15-10-15
LO 15/2015	16-10-15	Reforma de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.	17-10-15
L 47/2015	21-10-15	Protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.	22-10-15
RDleg 2/2015	23-10-15	Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.	24-10-15
RDleg 4/2015	23-10-15	Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.	24-10-15
RD 948/2015	23-10-15	Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.	24-10-15
RD 952/2015	23-10-15	Modifica el RD 1072/2010, que desarrolla régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales.	24-10-15
LO 16/2015	27-10-15	Privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.	28-10-15
L 48/2015	29-10-15	Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.	30-10-15
RDleg 5/2015	30-10-15	Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.	31-10-15
RDleg 6/2015	30-10-15	Texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.	31-10-15
RDleg 7/2015	30-10-15	Texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.	31-10-15
RDleg 8/2015	30-10-15	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.	31-10-15
RD 1004/2015	6-11-15	Reglamento que regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.	7-11-15
RD 1011/2015	6-11-15	Procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales.	7-11-15
RD 1012/2015	6-11-15	Desarrolla la L 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y se modifica el RD 2606/1996, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.	7-11-15

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
RD 1023/2015	13-11-15	Desarrollo reglamentario de la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.	14-11-15
RD 1065/2015	27-11-15	Comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.	1-12-15
RD 1067/2015	27-11-15	Crea la Agencia Estatal de Investigación y se aprueba su Estatuto.	28-11-15
RD 1110/2015	11-12-15	Registro Central de Delincuentes Sexuales.	30-12-15
OM JUS/2831/2015	17-12-15	Formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.	29-12-15
OM HAP/2846/2015	29-12-15	Límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1-1-16.	31-12-15
RD 1171/2015	29-12-15	Salario mínimo interprofesional para 2016.	30-12-15
OM HAP/2846/2015	29-12-15	Límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1-1-16.	31-12-15
OM JUS/188/2016	18-02-16	Ámbito de actuación y la entrada en funcionamiento operativo de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y la apertura de su cuenta de depósitos y consignaciones	20-02-16
OM JUS/1625/2016	30-09-16	Tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia.	11-10-16
RD 742/2016	30-12-16	Fija el salario mínimo interprofesional para 2017.	31-12-16
RDL 1/2017	20-01-17	Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.	21-01-17
RD 112/2017	17-02-17	Reglamento Penitenciario Militar.	18-02-17
RD 123/2017	24-02-17	Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico.	08-03-17
RDL 5/2017	17-03-17	Modifica el RDL 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la L 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.	18-03-17
RD 361/2017	08-04-17	Concesión directa de subvenciones al Consejo General de la Abogacía Española y al Consejo General de los Procuradores de España, en materia de prestación de asistencia jurídica gratuita y al Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos para la asistencia psicológica a las víctimas de los delitos, para el ejercicio presupuestario 2017.	11-04-17
RD 532/2017	26-05-17	Reconocimiento y el funcionamiento de las organizaciones de productores del sector de frutas y hortalizas.	31-05-17
RDL 9/2017	26-05-17	Transpone directivas de la UE en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.	27-05-17
L 2/2017	21-06-17	Modificación de la L 1/1996, de asistencia jurídica gratuita.	22-06-17
RDL 11/2017	23-06-17	Medidas urgentes en materia financiera	24-06-17
L 3/2017	27-06-17	Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.	28-06-17
L 4/2017	28-06-17	Modificación de la L 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.	29-06-17
RD 725/2017	21-07-17	Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.	25-07-17
L 6/2017	24-10-17	Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.	25-10-17

<b>NORMATIVA ESTATAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>BOE</b>
L 7/2017	02-11-17	Incorpora al ordenamiento jurídico español la Dir 2013/11/UE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo.	04-11-17
L 9/2017	08-11-17	Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Dir 2014/23/UE y 2014/24/UE.	09-11-17
LO 1/2017	13-12-17	Modificación de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.	13-12-17

**NORMATIVA AUTONÓMICA**

<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
<b>Andalucía</b>	L 1/1983	3-3-83	Instituto de promoción industrial.	BOE 5-3-83
	L 1/1996	10-1-96	Comercio interior.	BOE 16-2-96
	L 1/1998	20-4-98	Derechos y atención al menor.	BOE 24-6-98
	D 216/1999	26-10-99	Asistencia jurídica gratuita.	BOJA 18-11-99
	D 450/2000	26-12-00	Gabinete jurídico y Cuerpo de letrados de la Junta.	BOJA 2-1-00
	L 4/2001	24-5-01	Modif L 1/1988. Cámara de cuentas.	BOE 26-6-01
	D 291/2002	26-11-02	Asistencia jurídica gratuita.	BOJA 26-12-02
	L 7/2002	17-12-02	Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.	BOJA 31-12-02
	D 9/2003	28-1-03	Actividad industrial y prestación de servicios en los talleres de reparación y mantenimiento de vehículos automóviles y derechos de los consumidores y usuarios.	BOJA 30-2-03
	L 8/2003	28-10-03	Flora y la fauna silvestres.	BOJA 12-11-03
	D 85/2004	2-3-04	Comité Vasco de Promoción Olímpica.	BOJA 16-3-04
	Orden	1-9-04	Constituye la Junta de Expurgo de la CA de Andalucía, en aplicación de lo dispuesto por el RD 937/2003, de modernización de los archivos judiciales.	BOJA 20-9-04
	L 9/2007	22-10-07	Ley de Administración de la Junta de Andalucía.	BOJA 31-10-07
	L 14/2007	26-11-07	Patrimonio Histórico.	BOJA 19-12-07
<b>Andalucía (cont.)</b>	L 1/2009	27-2-09	Mediación Familiar en Andalucía.	BOJA 13-3-09
	Orden	9-3-09	Modelos de solicitud normalizados y documentación necesaria para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.	BOJA 3-4-09
	Orden	13-11-09	Número de guardias que corresponde realizar a los Colegios de Abogados de Andalucía para 2009 y los baremos aplicables a la compensación económica por dichos servicios.	BOJA 24-11-09
	DL 6/2010	27-7-10	Medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.	BOJA 26-11-10
	L 1/2011	17-2-11	Reordenación del sector público.	BOJA 21-2-11
	D 450/2011	3-3-11	Modifica el anexo del RD 465/2003, sobre las sustancias indeseables en la alimentación animal.	BOJA 5-3-11
	L 7/2011	3-11-11	Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía.	BOJA 11-11-11
	D 367/2011	20-12-11	Modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía.	BOJA 23-12-11

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	L 14/2011	23-12-11	Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas.	BOJA 31-12-11
	D 37/2012	7-3-12	Reglamento de Desarrollo de la L 1/2009.	BOJA 7-3-12
	D 327/2012	10-7-12	Modifica diversos Decretos para su adaptación a la normativa estatal de transposición de la Directiva de Servicios.	BOJA 13-7-12
	DL 6/2013	9-4-13	Medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.	BOJA 11-4-13
	L 6/2013	22-10-13	Modifica la L 7/2011, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía.	BOJA 6-11-13
	D 1/2014	14-1-14	Organización y estructura de las Oficinas Judicial y Fiscal.	BOJA 23-1-14
	L 3/2016	9-6-16	Protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda.	BOJA 16-6-16
	L 5/2016	19-7-16	Deporte de Andalucía.	BOJA 22-7-16
<b>Aragón</b>	D 167/1985	19-12-85	Organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General.	BOA 2-1-86
	L 11/1992	24-11-92	Ordenación del territorio.	BOE 19-1-93
	L 6/ 1998	19-5-98	Espacios Naturales Protegidos.	BOA 03-6-98
	L 1/1999	24-2-99	Sucesiones.	BOE 25-3-99
	L 3/1999	10-3-99	Patrimonio Cultural.	BOA 13-4-99
	L 10/2001	18-6-01	Cámara de cuentas.	BOE 10-7-01
	DLeg 2/2001	3-7-01	Administración autonómica.	BOE 20-7-01
	L 2/2003	12-2-03	Modif L 1/1999, de Sucesiones.	BOE 13-3-03
	D 40/2003	25-2-03	Consejo de Colegios Profesionales de Abogados de Aragón.	BOA 13-3-03
	D 95/2005	10-5-05	Consejo de Colegios de Procuradores de los Tribunales de Aragón.	BOA 23-5-05
	L 4/2005	14-6-05	Casación foral aragonesa.	BOE 23-8-05
<b>Aragón (cont.)</b>	Orden	2-1-08	Constituye las Comisiones Provinciales de Asistencia Jurídica Gratuita de Zaragoza, Huesca y Teruel.	BOA 21-1-08
	L 3/2009	17-6-09	Urbanismo de Aragón.	BOA 30-6-09
	L 3/2011	24-2-11	Medidas en materia de Contratos del Sector Público.	BOA 10-3-11
	DLeg 1/2011	22-3-11	Aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.	BOA 29-3-11
	L 3/2012	8-3-12	Medidas Fiscales y Administrativas de Aragón.	BOA 19-3-12
	L 3/2013	9-5-13	Protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón.	BOA 10-6-13
	L 4/2013	23-5-13	Modifica la L 3/2009.	BOA 6-6-13
	D 102/2013	11-6-13	Creación y regulación de la Red de Bolsas de Viviendas para el Alquiler Social de Aragón.	BOA 20-6-13
	D 115/2013	9-7-13	Constituye la Junta de Expurgo de Documentos Judiciales y se regula su régimen de funcionamiento, en el ámbito de la CA de Aragón.	BOA 19-7-13
	D 90/2013	30-10-13	Crea la Junta de Expurgo de Documentos Judiciales del Principado de Asturias, determina su organización, composición y funcionamiento y crea el Fondo	BOA 7-11-13

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
			Documental Histórico de Instituciones Judiciales del Principado de Asturias.	
	DLeg 4/2013	17-12-13	Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón.	BOA 31-12-13
	DLeg 1/2014	8-7-14	Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.	BOA 19-7-13
	D 110/2014	8-7-14	Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la CA de Aragón.	BOA 17-2-16
	D 120/2014	22-7-14	Plan Aragonés para el fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas en el período 2014-16.	BOA 17-2-16
	DL 3/2015	15-12-15	Medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.	BOA 18-12-15
	L 2/2016	28-1-16	Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.	BOA 3-2-16
	L 3/2016	4-2-16	Reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón.	BOA 17-2-16
	D 161/2016	08-11-16	Modifica parcialmente el D 110/2014, del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la CA de Aragón.	BOA 17-2-16
	D 162/2016	08-11-16	Cambio de denominación del Colegio Profesional de Psicólogos de Aragón por la de Colegio Profesional de Psicología de Aragón.	BOA 17-2-16
	L 9/2017	19-10-17	Servicios de asesoramiento y orientación jurídicos gratuitos de Aragón.	BOA 17-2-16
<b>Asturias</b>	L 5/1991	5-4-91	Protección de los Espacios Naturales.	BOPA 17-4-91
	L 1/2001	6-3-01	Patrimonio Cultural.	BOPA 30-3-01
	L 3/2003	24-3-03	Sindicatura de cuentas.	BOE 10-5-03
	DLeg 1/2004	22-4-04	Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.	BOPA 27-4-04
	D 22/2004	11-3-04	Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado de Expropiación del Principado de Asturias.	BOPA 25-3-04
	L 3/2006	10-3-06	Modif L 3/2003. Sindicatura de cuentas.	BOE 6-5-06
	L 3/2007	23-3-07	Ley de Mediación Familiar.	BOPA 9-4-07
	D 166/2011	19-8-11	Estructura orgánica básica de la Consejería de Hacienda y Sector Público.	BOPA 20-8-11
	D 4/2012	26-5-12	Reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la CA.	BOPA 28-5-12
	D 71/2012	14-6-12	Estructura orgánica básica de la Consejería de Presidencia.	BOPA 15-6-12
	L 2/2013	21-6-13	Supresión del Procurador General.	BOPA 1-7-13
	D 90/2013	30-10-13	Junta de Expurgo de Documentos Judiciales del Principado de Asturias, organización, composición y funcionamiento y Fondo Documental Histórico de Instituciones Judiciales del Principado de Asturias.	BOPA 7-11-13
<b>Baleares</b>	DLeg 79/1990	6-9-90	Compilación de Derecho Civil.	BOE 2-10-90
	L 10/1990	23-10-90	Disciplina Urbanística.	BOIB 17-11-90
	L 1/1991	30-1-91	Espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección.	BOIB 9-3-91

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	L 7/1993	20-10-93	Modif DLeg 79/1990.	BOE 10-3-94
	L 12/1998	21-12-98	Patrimonio Histórico.	BOIB 29-12-98
	L 14/2000	21-12-00	Ordenación Territorial.	BOIB 27-12-00
	L 3/2003	26-3-03	Régimen jurídico de la Administración autonómica.	BOE 24-4-03
	L 10/2003	22-12-03	Medidas tributarias y administrativas.	BOE 30-1-04
	L 4/2004	2-4-04	Sindicatura de cuentas.	BOE 4-5-04
	L 14/2006	17-10-06	Deporte.	BOIB 26-10-06
	D 106/2007	3-8-07	Estructura de la Dirección de la Abogacía de la CA.	BOIB 4-8-07
	L 7/2010	21-7-10	Normas reguladoras del sector público instrumental.	BOIB 29-7-10
	L 14/2010	9-12-10	Normas reguladoras de la mediación familiar.	BOIB 16-12-10
	D 12/2011	18-6-11	Competencias y estructura de las Consejerías de la Administración de las Illes Balears.	BOIB 20-6-11
	L 7/2013	26-11-13	Régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears.	BOIB 30-11-13
	L 2/2014	25-3-14	Acción y del Servicio Exterior del Estado.	BOIB 26-3-14
	D 24/2015	7-8-15	Competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la CA de las Illes Balears.	BOIB 8-8-15
	D 74/2016	23-12-16	Abogacía de la CA de las Illes Balears.	BOIB 24-12-16
	L 7/2017	3-8-17	Modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears.	BOIB 5-8-17
<b>Canarias</b>	L 4/1989	2-5-89	Audiencia de cuentas.	BOE 5-6-89
	D 19/1992	7-2-92	Servicio jurídico.	BOCANA 24-2-92
	D 127/1995	11-5-95	Puestos de trabajo de la Presidencia del Gobierno.	BOCANA 22-5-95
	D 57/1998	28-4-98	Comisiones asistencia jurídica gratuita.	BOCANA 15-5-98
	L 4/1999	15-3-99	Patrimonio Histórico.	BOCANA 24-3-99
	DLeg 1/2000	8-5-00	Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales.	BOCANA 15-5-00
	D 204/2000	30-10-00	Consejo Canario de Colegios de Abogados.	BOCANA 8-11-00
	D 152/2001	23-7-01	Consejo de Colegios de Procuradores de Canarias.	BOCANA 1-8-01
	L 2/2002	27-3-02	Organización y gestión el personal de la Administración autonómica.	BOE 23-4-02
	L 15/2003	8-4-03	Mediación familiar.	BOE 5-6-03
	L 13/2007	17-5-07	Ordenación del transporte por carretera.	BOCANA 24-5-07
	D 124/2007	24-5-07	Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión de Valoraciones Canarias.	BOCANA 16-6-07
	L 6/2010	8-7-10	Extingue las Cámaras Agrarias.	BOCANA 30-7-10
	D 98/2011	27-4-11	Estructura orgánica y planificación de la Oficina Judicial en Canarias.	BOCANA 6-5-11
	D 123/2011	17-5-11	Modifica el D 19/1992, que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico de Canarias.	BOCANA 3-6-11
	D 110/2011	3-6-11	Ambito del Servicio Gallego de Salud las categorías estatutarias de personal técnico superior y de grado medio en prevención de riesgos laborales.	BOCANA16-6-11

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	D 170/2011	12-7-11	Estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías de Canarias.	BOCANA 14-7-11
	D 27/2012	30-3-12	Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno.	BOCANA 17-4-12
	D 100/2012	28-12-12	Modifica el D 57/1998.	BOCANA 28-12-12
	D 45/2013	18-4-13	Junta de Expurgo de Documentos Judiciales de Canarias.	BOCANA 26-4-13
	L 8/2015	1-4-15	Cabildos insulares.	BOCANA 14-4-15
	D 84/2015	14-5-15	Modifica el D 19/1992, que aprueba el Rgto de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.	BOCANA 19-5-15
	D 183/2015	21-7-15	Estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias.	BOCANA 23-7-15
	D 382/2015	28-12-15	Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.	BOCANA 30-12-15
	L 11/2015	29-12-15	Presupuestos Generales de Canarias para 2016.	BOCANA 17-2-16
	L 3/2016	29-12-16	Presupuestos Generales de la CA de Canarias para 2017.	BOCANA 31-12-16
	L 4/2017	13-7-17	Suelo y Espacios Naturales Protegidos de Canarias.	BOCANA 19-7-17
	L 5/2017	20-07-17	Modificación de la L 4/1989, de la Audiencia de Cuentas de Canarias.	BOCANA 27-7-17
<b>Cantabria</b>	D 19/1986	18-4-86	Servicios jurídicos.	BOC 7-5-86
	L 2/2001	25-6-01	Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo.	BOC 28-8-01
	D 72/2002	20-6-02	Desarrollo de la L 2/2000, del deporte.	BOC 11-7-02
	L 4/2006	19-5-06	Conservación de la Naturaleza de Cantabria.	BOC 1-6-06
	L 11/2006	17-7-06	Organización y funcionamiento del Servicio jurídico.	BOE 26-8-06
	D 86/2008	11-9-08	Asistencia jurídica gratuita.	BOC 14-10-08
	L 7/2008	26-12-08	Agencia Cántabra de Consumo.	BOC 30-12-08
	D 48/2009	4-6-09	Reglamento de organización y funcionamiento de la Agencia Cántabra de Consumo.	BOC 15-6-09
	L 1/2010	27-4-10	Modifica la L 6/2002 y la L 11/2006.	BOC 7-5-10
	L 6/2010	30-7-10	Medidas Urgentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.	BOC 13-8-10
	L 1/2011	28-3-11	Mediación de Cantabria.	BOC 5-4-11
	L 10/2013	27-12-13	Medidas Fiscales y Administrativas.	BOC 30-12-13
	L 6/2015	28-12-15	Medidas Fiscales y Administrativas.	BOC 20-1-16
	D 5/2017	16-2-17	Modifican las bases de compensación previstas en el Anexo V del D 86/2008, de Asistencia Jurídica Gratuita.	BOC 24-2-17
<b>Castilla-La Mancha</b>	L 4/1990	30-5-90	Patrimonio Histórico.	BOCM 13-6-90
	L 5/1993	27-12-93	Sindicatura de cuentas.	BOE 1-3-94
	D 5/1996	9-1-96	Reglamento de establecimientos industriales y régimen para su instalación, ampliación y traslado.	DOCM 7-2-96
	L 4/2003	27-2-03	Servicios jurídicos de la Administración autonómica.	BOE 30-5-03
	D 41/2003	8-4-03	Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.	DOCM 11-4-03

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	D 29/2004	16-3-04	Consejo de Colegios Profesionales de Procuradores de los Tribunales de Castilla-La Mancha.	DOCM 18-3-04
	L 4/2005	24-5-05	Servicio social especializado de mediación familiar.	BOE 25-8-05
	DLeg 1/2010	18-5-10	Texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.	BOCM 21-5-10
	L 11/2010	4-11-10	Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha.	DOCM 16-11-10
	L 4/2011	10-3-11	Empleo Público.	DOCM 22-3-11
	D 121/2011	7-7-11	Estructura y competencias de órganos integrados en Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.	DOCM 9-7-11
	D 177/2011	14-7-11	Supresión de los órganos de defensa de la competencia.	BOCM 15-7-11
	L 12/2011	3-11-11	Supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.	DOCM 9-12-11
	D 14/2012	26-1-12	Modifica el D 279/2011, de la estructura orgánica y competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.	DOCM 27-1-12
	L 4/2013	16-5-13	Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.	DOCM 24-5-13
	D 31/2013	6-6-13	Aplazamiento temporal de rentas de viviendas de promoción directa de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en alquiler y otras medidas adicionales en materia de vivienda.	DOCM 28-6-13
	L 5/2013	17-10-13	Ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.	DOCM 25-10-13
	D 17/2014	13-3-14	Modifica el D 14/2012, de la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.	DOCM 18-3-14
	L 1/2014	24-4-14	Supresión de la Sindicatura de Cuentas.	DOCM 21-5-14
	L 1/2015	12-2-15	Servicio Regional de Mediación Social y Familiar.	DOCM 23-2-14
	L 6/2015	30-7-15	Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.	DOCM 31-7-15
	L 3/2016	19-7-16	Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha.	DOCM 11-5-16
<b>Castilla y León</b>	L 8/1991	10-5-91	Espacios naturales.	BOCYL 29-5-91
	L 5/1999	8-4-99	Urbanismo.	BOCYL 15-4-99
	L 2/2002	9-4-02	Consejo de cuentas.	BOE 15-5-02
	L 12/2002	11-7-02	Patrimonio Cultural.	BOCYL 19-7-02
	L 18/2002	19-12-02	Creación del Consejo de Colegios Profesionales de Abogados de Castilla y León.	BOCYL 24-12-02
	L 19/2002	19-12-02	Consejo de Colegios Profesionales de Procuradores de los Tribunales de Castilla y León.	BOCYL 30-1-03
	L 6/2003	3-4-03	Asistencia jurídica.	BOE 6-5-03
	D 22/2004	29-1-04	Reglamento de Urbanismo.	BOCYL 2-2-04
	D 109/2004	14-10-04	Hojas de reclamaciones de los consumidores y usuarios.	BOCYL 20-10-04
	L 1/2006	6-4-06	Mediación familiar.	BOE 3-5-06



<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	D 13/2008	14-2-08	Comisión de Mediación y Arbitraje Deportivo.	BOCYL 20-2-08
	D 45/2009	17-7-09	Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.	BOCYL 9-7-09
	D 32/2011	7-7-11	Estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia.	BOCYL 8-7-11
	L 1/2012	28-2-12	Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.	BOCYL 29-2-12
	L 4/2013	19-6-13	Modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León.	BOCYL 3-7-11
	D 37/2013	25-7-13	Modifica el D 104/2002, de estructura orgánica de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Castilla y León.	BOCYL 31-7-13
	DL 1/2013	31-7-13	Medidas urgentes en materia de vivienda.	BOCYL 5-8-13
	DL 2/2013	21-11-13	Medidas extraordinarias de apoyo a las personas y familias afectadas por la crisis en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social en Castilla y León.	BOCYL 22-11-13
	L 10/2013	16-12-13	Medidas urgentes en materia de Vivienda.	BOCYL 20-12-13
	L 5/2014	9-10-14	Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia.	BOCYL 17-10-14
<b>Cataluña</b>	L 6/1984	5-3-84	Sindicatura de cuentas.	BOE 6-4-84
	L 12/1985	13-6-85	Espacios Naturales.	DOGC 28-6-85
	D 145/1991	17-6-91	Constitución, clases y registro de clubs y asociaciones deportivas y Reglamento de régimen y funcionamiento interno.	DOGC 17-07-91
	L 40/1991	30-12-91	Sucesiones.	BOE 20-2-92
	L 9/1993	30-9-93	Patrimonio Cultural Catalán.	DOGC 11-10-93
	L 10/1994	11-7-94	Policía de la Generalitat.	BOE 12-8-94
	L 7/1996	5-7-96	Servicios jurídicos.	BOE 12-8-96
	D 252/1996	5-7-96	Comisiones de asistencia jurídica.	DOGC 10-7-96
	D 257/1997	30-9-97	Servicios jurídicos.	DOGC 9-10-97
	L 1/1998	7-1-98	Política lingüística.	BOE 11-2-98
	L 1/2001	15-3-01	Mediación familiar.	BOE 16-4-01
<b>Cataluña (cont.)</b>	D 57/2002	19-2-02	Servicios jurídicos.	DOGC 27-2-02
	L 29/2002	30-12-02	Primera ley del Código Civil de Cataluña.	DOGC 13-1-03
	L 4/2003	7-4-03	Sistema de seguridad pública.	BOE 13-5-03
	D 187/2003	1-8-03	Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de las Tierras del Ebro.	DOGC 7-8-03
	L 7/2004	16-7-04	Medidas fiscales y administrativas.	BOE 29-9-04
	L 3/2005	8-4-05	Modif L 40/1991. Sucesiones.	BOE 10-5-05
	L 9/2005	7-7-05	Ley del Jurado de Expropiación de Cataluña.	DOGC 15-7-05
	D 305/2006	18-7-06	Reglamento de la Ley de urbanismo.	DOGC 24-7-06
	Orden JUS/552/2006	30-10-06	Constituye y regula la Junta de Expurgo de la Documentación Judicial de Cataluña y aprueba las normas y los modelos de relaciones documentales de transferencia de documentación judicial.	DOGC 24-11-06
	D 120/2009	28-7-09	Reglamento del Jurado de Expropiación de Cataluña.	DOGC 31-7-09
	Orden JUS/419/2009	17-9-09	Pago de los peritajes judiciales a cargo del Departamento de Justicia.	DOGC 30-9-09

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	D 170/2009	3-11-09	Regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña.	DOGC 5-11-09
	D 171/2009	3-11-09	Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje ante el Consejo Superior de la Cooperación.	DOGC 5-11-09
	D 69/2010	1-6-10	Consejo del Asociacionismo y el Voluntariado de Cataluña.	DOGC 3-6-10
	L 22/2010	20-7-10	Código de Consumo.	DOGC 23-7-10
	L 15/2010	22-7-10	Mediación en el ámbito del derecho privado.	DOGC 30-7-10
	L 25/2010	29-7-10	Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.	DOGC 5-8-10
	L 26/2010	3-8-10	Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas.	DOGC 5-8-10
	DLeg 1/2010	3-8-10	Texto refundido de la Ley de urbanismo.	DOGC 5-8-10
	D 325/2011	26-4-11	Reestructuración del Departamento de la Presidencia.	DOGC 28-4-11
	L 2/2011	11-5-11	Modificación de la L 1/2009, de la Autoridad Catalana de la Competencia.	DOGC 17-5-11
	D 357/2011	21-6-11	Servicios técnicos de punto de encuentro.	DOGC 23-6-11
	L 7/2011	27-7-11	Medidas fiscales y financieras.	DOGC 29-7-11
	L 4/2012	5-3-12	Recurso de casación en materia de derecho civil.	DOGC 8-3-12
	L 5/2012	20-3-12	Medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.	DOGC 23-3-12
	D 135/2012	23-10-12	Reglamento de la L 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado.	DOGC 25-10-12
	D 118/2013	26-2-13	Reestructuración del Departamento de la Presidencia.	DOGC 28-2-13
	D 221/2013	3-9-13	Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, su organización y funcionamiento.	DOGC 25-9-13
<b>Cataluña (cont.)</b>	DL 1/2014	3-6-14	Modificación del Texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña, aprobado por DLeg 3/2008.	DOGC 5-6-14
	D 98/2014	8-7-14	Procedimiento de mediación en las relaciones de consumo.	DOGC 10-7-14
	L 10/2014	26-9-14	Consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.	DOGC 27-9-14
	DL 1/2015	24-3-15	Medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria.	DOGC 26-3-15
	D 266/2016	5-7-16	Reestructuración del Departamento de la Presidencia.	DOGC 7-7-16
	L 4/2016	23-12-16	Medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.	DOGC 29-12-16
	L 3/2017	15-2-17	Libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.	DOGC 22-2-17
	L 5/2017	28-3-17	Medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos	DOGC 30-3-17

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
			turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono.	
	D 145/2017	26-9-17	Actuaciones administrativas y de la gestión del régimen de autonomía económica de la sucesión intestada a favor de la Generalidad de Cataluña.	DOGC 22-2-17
<b>Extremadura</b>	D 44/1995	18-4-95	Estatuto de los consumidores y usuarios.	DOE 25-4-95
	L 8/1998	26-6-98	Conservación de la Naturaleza y de Espacios Naturales.	DOE 28-7-98
	L 2/1999	29-3-99	Patrimonio Histórico y Cultural.	DOE 22-5-99
	D 245/2000	5-12-00	Reglamento de arbitraje, conciliación y mediación cooperativos.	DOE 12-12-00
	L 15/2001	14-12-01	Suelo y Ordenación Territorial.	DOE 3-1-02
	L 1/2002	28-2-02	Gobierno y Administración autonómicos.	BOE 17-4-02
	D 214/2008	24-10-08	Estatutos del Instituto de Consumo de Extremadura.	DOE 28-10-08
	L 7/2010	19-7-10	Modificación de la L 3/2002, de Comercio.	DOE 22-7-10
	D 260/2011	14-10-11	Modifica el D 99/2009, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios Jurídicos de Extremadura.	DOE 20-10-11
	D 97/2013	10-6-13	Requisitos y procedimiento para acceder a una vivienda de promoción pública por parte de aquellos solicitantes afectados por ejecuciones hipotecarias en Extremadura.	DOE 14-6-13
	D 261/2015	7-8-15	Estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.	DOE 8-8-15
	L 19/2015	23-12-15	Deroga la L 16/2001, del Consejo Consultivo de Extremadura.	DOE 29-12-15
	L 2/2017	17-2-17	Emergencia social de la vivienda de Extremadura.	DOE 22-3-17
<b>Galicia</b>	L 3/1983	15-6-83	Normalización lingüística.	BOE 14-7-83
	L 6/1985	24-6-85	Consejo de cuentas.	BOE 28-8-85
	L 15/1991	28-12-91	Presupuestos generales para 1992.	BOE 30-12-91
	L 8/1995	30-10-95	Patrimonio Cultural.	DOG 8-11-95
	D 329/1995	21-12-95	Instituto gallego de consumo.	DOG 30-12-95
	D 146/1997	22-5-97	Comisiones asistencia jurídica gratuita.	DOG 23-6-97
	D 375/1998	23-12-98	Hojas de reclamaciones de los consumidores y usuarios.	DOG 12-1-99
	D 248/2000	29-9-00	Consejo Gallego de Procuradores.	DOG 19-10-00
	L 4/2001	31-5-01	Mediación familiar.	BOE 2-7-01
	L 9/2002	30-12-02	Ordenación urbanística y protección del medio rural.	DOG 31-12-02
	D 343/2003	11-7-03	Asesoría jurídica de la Junta.	DOG 8-8-03
	L 15/2004	29-12-04	Modificación de la L 9/2002.	DOG 31-12-04
	L 5/2005	25-4-05	Recurso de casación civil.	BOE 7-6-05
	D 223/2005	16-6-05	Reglamento de organización y funcionamiento del Jurado de Expropiación de Galicia.	DOG 9-8-05
	L 2/2006	14-6-06	Derecho Civil.	BOE 11-8-06
	D 120/2006	20-7-06	Modif D 343/2003.	DOG 1-8-06
	D 269/2008	6-11-08	Reglamento de asistencia jurídica gratuita.	DOG 15-12-08

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	L 14/2008	3-12-08	Normas reguladoras de Turismo de Galicia.	DOG 19-12-08
	D 5-5-2010	5-5-10	Entrada en funcionamiento de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Ferrol.	DOG 12-5-10
	L 1/2011	28-2-11	Consejo Gallego de la Competencia.	DOG 8-3-11
	D 60/2011	17-3-11	Estructura organizativa del Consejo Gallego de la Competencia.	DOG 6-4-11
	L 5/2011	30-9-11	Patrimonio de la Comunidad.	DOG 24-10-11
	D 138/2012	21-6-12	Modifica el D 269/2008.	DOG 29-6-12
	L 7/2012	28-6-12	Montes de Galicia.	DOG 8-9-12
	D 72/2013	25-4-13	Estructura orgánica de la Vicepresidencia y de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia.	DOG 14-5-13
	D 88/2013	30-5-13	Estructura orgánica de los órganos superiores y de dirección dependientes de la Presidencia de la Xunta de Galicia.	DOG 14-6-13
	L 8/2013	28-6-13	Ley de Carreteras de Galicia.	DOG 12-7-13
	L 14/2013	26-12-13	Racionalización del sector público autonómico.	BOE 14-2-14
	Orden 2-8-16	2-8-16	Fija las cantidades actualizadas de las subvenciones por gastos electorales para las elecciones al Parlamento de Galicia que se celebrarán el día 25-9-16.	DOG 25-8-16
	D 118/2016	4-8-16	Crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos.	DOG 25-8-16
	D 146/2016	13-11-16	Estructura orgánica de la Xunta de Galicia.	DOG 14-11-16
	D 87/2017	7-9-17	Estructura y organización de la Oficina Judicial en Galicia.	DOG 18-9-17
<b>La Rioja</b>	D 3/1992	16-1-92	Junta arbitral de transporte.	BOR 21-1-92
	L 7/2004	18-10-04	Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico.	BOR 23-10-04
	L 4/2005	1-6-05	Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración autonómica.	BOE 21-6-05
	D 21/2006	7-4-06	Servicios jurídicos.	BOR 11-4-06
	L 5/2006	2-5-06	Ordenación del Territorio y Urbanismo.	BOR 24-5-06
	L 6/2006	2-5-06	Defensor del Pueblo riojano.	BOR 24-5-06
	L 7/2013	21-6-13	Prohibición en el territorio de la CA de La Rioja de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.	BOR 24-6-06
	L 9/2013	21-10-13	Suspensión de la L 6/2006.	BOR 23-10-13
	D 45/2017	3-11-17	Reglamento de asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la CA de La Rioja.	BOR 8-11-17
<b>Madrid</b>	L 10/1998	9-7-98	Patrimonio Histórico.	BOCM 16-7-98
	L 3/1999	30-3-99	Servicios jurídicos.	BOE 29-5-99
	L 4/1999	30-3-99	Cooperativas.	BOCM 14-4-99
	L 11/1999	29-4-99	Cámara de cuentas.	BOE 20-7-99
	D 62/1999	6-5-99	Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid.	BOCM 17-5-99
	L 9/2001	17-7-01	Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.	BOCM 27-7-01
	D 86/2003	19-6-03	Comisiones asistencia jurídica gratuita.	BOCM 24-6-03
	L 1/2007	21-2-07	Normas reguladoras de la Mediación Familiar.	BOCM 5-3-07

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	L 9/2010	23-12-10	Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.	BOCM 29-12-10
	D 57/2011	30-6-11	Modifica las competencias y estructura orgánica de algunas Consejerías de Madrid.	BOCM 1-7-11
	L 6/2011	28-12-11	Medidas Fiscales y Administrativas.	BOCM 29-12-11
	L 4/2012	4-7-12	Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica.	BOCM 9-7-12
	L 3/2013	18-6-13	Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.	BOCM 19-6-13
	D 72/2015	7-7-15	Modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid.	BOCM 8-7-15
	L 6/2015	23-12-15	Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2016.	BOCM 30-12-15
	L 9/2015	28-12-15	Medidas Fiscales y Administrativas.	BOCM 31-12-15
	L 2/2016	29-3-16	Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.	BOCM 26-14-16
	L 6/2017	11-5-17	Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2017.	BOCM 19-5-17
	Orden 2386/2017	25-7-17	Crea la Sede Judicial Electrónica correspondiente al ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.	BOCM 25-7-17
<b>Murcia</b>	L 4/2004	22-10-04	Asistencia jurídica.	BOE 28-8-05
	D Leg 1/2005	10-6-05	Texto refundido de la Ley del Suelo.	BORM 9-12-05
	L 4/2007	16-3-07	Patrimonio Cultural.	BORM 12-4-07
	D 77/2007	18-5-07	Reglamento de la L 4/2004.	BORM 8-6-07
	D 14/2011	14-10-11	Modifica el D 99/2009, que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios Jurídicos de Extremadura.	BORM 20-10-11
	L 14/2012	27-12-12	Medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional.	BORM 31-12-12
	D 17/2013	25-7-13	Orden de prelación de las Consejerías de la Administración Regional y sus competencias.	BORM 27-7-12
	L 6/2015	24-3-15	Vivienda de la Región de Murcia.	BORM 27-3-15
	L 13/2015	6-4-15	Ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.	BORM 6-4-15
	D 3/2017	4-5-17	Reorganización de la Administración Regional.	BORM 5-5-17
	D 67/2017	17-5-17	Órganos Directivos de la Consejería de Presidencia y Fomento.	BORM 18-5-17
<b>Navarra</b>	LF 1/1973	1-3-73	Compilación de Derecho Civil.	BOE 7-3-73
	LF 19/1984	20-12-84	Cámara de Comptos.	BOE 28-1-85
	DF 141/1986	23-5-86	Asesoría jurídica.	BON 2-6-86
	LF 18/1986	15-12-86	Vascuence.	BOE 20-1-87
	LF 5/1987	1-4-87	Modif LF 1/1973.	BOE 5-6-87
	LF 9/1996	17-6-96	Espacios Naturales.	BON 28-6-96
	LF 6/2000	3-7-00	Modif LF 1/1973.	BOE 6-9-00
	DF 80/2001	9-4-01	Asistencia jurídica gratuita.	BON 9-5-01

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	DFLeg 213/2002	14-10-02	Cuerpos de policía.	BOE 29-11-02
	LF 35/2002	20-12-02	Ordenación del Territorio y Urbanismo.	BON 27-12-02
	LF 7/2003	14-2-03	Turismo.	BON 21-2-03
	DF 48/2003	10-3-03	Comité de Justicia Deportiva de Navarra y la Disciplina Deportiva.	BON 21-4-03
	DF 37/2005	24-2-05	Estructura orgánica básica de la Administración foral.	BON 28-2-05
	DF 38/2005	19-6-05	Agencia navarra de emergencias.	BON 23-6-05
	LF 14/2005	22-11-05	Patrimonio Cultural.	BON 25-11-05
	DF 1/2006	9-1-06	Modifica DF 124/1987, que regula el Censo de Entidades, y DF 182/1990, que regula el NIF.	BON 27-1-06
	LF 6/2006	9-6-06	Contratos Públicos.	BON 16-6-06
	LF 5/2007	23-3-07	Carreteras de Navarra.	BON 16-6-06
	DF 10/2011	14-2-11	Modificación de diversos Reglamentos en materia de Turismo.	BON 11-3-11
	DF 128/2011	24-8-11	Estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Administraciones Públicas e Interior.	BON 31-8-11
	DF 17/2012	21-3-12	Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.	BON 30-3-12
	DF 11/2012	22-6-12	Estructura departamental de la Administración de Navarra.	BON 23-6-12
<b>Navarra (cont.)</b>	DF 69/2012	25-6-12	Estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior.	BON 31-7-12
	LF 3/2013	25-2-13	Modificación de la LF 6/2006.	BON 4-3-13
	LF 24/2013	2-7-13	Medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra.	BON 12-7-13
	LF 30/2013	15-10-13	Prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.	BON 28-10-13
	LF 32/2013	31-10-13	Modificación del art.111 de la LF 6/2006.	BON 11-10-13
	LF 1/2014	15-1-14	Modifica la LF 2/1995, de Haciendas Locales de Navarra.	BON 24-1-14
	DF 12/2014	29-1-14	Estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior.	BON 4-2-14
	DF 27/2015	6-5-15	Se constituye la Junta de Expurgo de Documentos Judiciales de Navarra.	BON 22-5-15
	DF 54/2015	12-8-15	Estructura básica del Departamento de Cultura, Deporte y Juventud.	BON 13-8-15
	LF 10/2016	1-7-16	Actualización del régimen regulador de la sucesión legal a favor de la Comunidad Foral de Navarra.	BON 14-7-16
	LF 22/2016	21-12-16	Adopta medidas de apoyo a los ciudadanos y ciudadanas en materia de vivienda.	BON 31-12-16
	LF 9/2017	27-6-17	Modifica el título y el articulado de la LF 18/1986, del Vasconce.	BON 31-8-17
	DFLeg 1/2017	26-7-17	Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo.	BON 31-8-17
<b>País Vasco</b>	L 10/1982	24-11-82	Normalización del uso del euskera.	BOE 16-12-82
	L 7/1986	26-6-86	Representación y defensa en juicio.	BOPV 18-7-86

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	D 292/1986	25-11-86	Creación de Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa.	BOPV 9-1-87
	L 8/1987	20-11-87	Creación de los Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa del País Vasco.	BOPV 10-12-87
	L 1/1988	5-2-88	Tribunal de cuentas.	BOE 3-3-88
	L 7/1990	3-7-90	Patrimonio Cultural Vasco.	BOPV 6-8-90
	L 3/1992	1-7-92	Derecho Civil.	BOE 7-8-92
	L 4/1992	17-7-92	Policía autonómica.	BOE 11-8-92
	D 210/1996	30-7-96	Asistencia jurídica gratuita.	BOPV 5-9-96
	D 317/1996	24-12-96	Derechos y deberes del usuario turístico.	BOPV 14-1-97
	L 3/1999	16-11-99	Modif L 3/1992. Derecho Civil.	BOE 30-12-99
	D 48/2000	14-3-00	Habilitación para la representación y defensa en procedimientos impugnatorios del derecho de asistencia gratuita.	BOPV 29-3-00
	D 192/2002	30-7-02	Consejo de Procuradores del País Vasco.	BOPV 12-8-02
	D 2/2006	28-2-06	Estructura orgánica de la Vicepresidencia del Gobierno.	BOPV 9-3-06
	L 2/2006	30-6-06	Suelo y Urbanismo.	BOPV 20-7-06
	L 9/2007	29-6-07	Kontsumobide-Instituto Vasco de Consumo.	BOPV 20-7-07
	L 1/2008	8-2-08	Mediación Familiar.	BOPV 18-2-08
	L 5/2010	23-12-10	Presupuestos Generales de Euskadi para 2011.	BOPV 30-12-10
	D 110/2012	19-6-12	Asistencia Jurídica Gratuita.	BOPV 6-7-12
	D 188/2013	2-7-13	Estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.	BOPV 5-7-13
	L 5/2015	25-6-15	Derecho Civil Vasco.	BOPV 3-7-15
	L 7/2015	30-6-15	Relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.	BOPV 10-7-15
	L 7/2016	2-6-16	Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.	BOPV 7-6-16
	D 144/2017	25-4-17	Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.	BOPV 3-5-17
<b>C.Valenciana</b>	L 4/1983	23-11-83	Uso y enseñanza del valenciano.	BOE 24-1-84
	L 6/1985	11-5-85	Sindicatura de cuentas.	BOE 23-8-85
	L 11/1994	27-12-94	Espacios Naturales protegidos.	DOGV 9-1-95
	L 4/1998	11-6-98	Patrimonio Cultural Valenciano.	DOGV 18-6-98
	D 29/2001	30-1-01	Asistencia jurídica gratuita.	DOGV 1-2-01
	L 7/2001	26-11-01	Mediación familiar.	BOE 19-12-01
	L 10/2005	9-12-05	Asistencia jurídica.	BOE 10-1-06
	L 16/2005	30-12-05	Generalitat, Urbanística Valenciana.	DOGV 31-12-05
	D 61/2006	16-5-06	Reglamento de Funcionamiento de la Junta de Expurgo de Documentos Judiciales y se crea el Fondo Histórico Judicial de la Comunitat Valenciana.	DOGV 16-5-06
	D 67/2006	19-5-06	Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística.	DOGV 23-5-06
	D 84/2006	16-6-06	Reglamento de la abogacía.	DOGV 19-6-06
	L 4/2010	14-5-10	Aplicación al Municipio de Torrent del Régimen de Organización de los Municipios de Gran Población.	DOGV 20-5-10
	L 5/2010	28-5-10	Aplicación al municipio de Gandía del Régimen de Organización de los Municipios de Gran Población.	DOGV 3-6-10

<b>NORMATIVA AUTONÓMICA</b>				
<b>CCAA</b>	<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
	D 75/2011	24-6-11	Estructura orgánica básica de la Presidencia y de las consellerías de la Generalitat.	DOCV 27-6-11
	L 10/2012	21-12-12	Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.	DOGV 21-12-12
	L 3/2013	26-7-13	Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias.	DOCV 31-7-13
	L 5/2014	25-7-14	Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana.	DOCV 31-7-14
	L 13/2016	29-12-16	Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.	DOCV 29-12-16
	D 17/2017	10-2-17	Reglamento de asistencia jurídica gratuita.	DOCV 15-12-17
	L 16/2017	10-11-17	Modificación de la L 6/1985, de Sindicatura de Comptes.	DOCV 14-11-17
<b>NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL</b>				
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>	
Convenio de Roma	4-11-50	Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.	BOE 10-10-79	
Convenio de La Haya	1-3-54	Procedimiento civil.	BOE 13-12-61	
Tratado	25-03-57	Constitutivo/de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada.	DOUE 26-10-12	
Convenio de La Haya	15-4-58	Reconocimiento y ejecución de obligaciones alimentarias respecto a menores.	BOE 12-11-73	
Convenio de Nueva York	10-6-58	Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.	BOE 11-7-77	
Convenio de Estrasburgo	20-4-59	Asistencia judicial en materia penal.	BOE 17-9-82	
	18-9-59	Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos		
Convenio de Viena	18-4-61	Relaciones diplomáticas.	BOE 24-1-68	
Convenio de Ginebra	21-4-61	Arbitraje comercial internacional.	BOE 4-10-75	
Convenio de La Haya	5-10-61	Competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores Ratificado por Instrumento 29-4-87.	BOE 20-8-87	
Convenio de Viena	24-4-63	Relaciones consulares.		
Convenio de La Haya	15-11-65	Notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil.	BOE 25-8-87	
Convenio de La Haya	15-11-65	Obtención de alimentos en el extranjero.	-	
Pacto Internacional de Nueva York	19-12-66	Derechos civiles y políticos.	BOE 30-4-77	
Convenio de Bruselas	27-9-68	Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.	DOCE 26-1-68	
Convenio de La Haya	18-3-70	Obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil.	BOE 25-8-87	



<b>NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
Convenio de La Haya	28-5-70	Valor internacional de las sentencias penales.	BOE 30-3-96
Convenio de Florencia	19-4-72	Privilegios e inmunidades del Instituto Universitario Europeo.	BOE 7-3-89
Convenio de Estrasburgo	15-5-72	Transmisión de procedimiento en materia penal.	BOE 10-11-88
Convenio de La Haya	2-10-73	Reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a obligaciones alimentarias.	BOE 12-8-87
	4-12-74	Reglamento adicional del TJCE.	DOCE 28-12-74
Convención Interamericana de Panamá	30-1-75	Exhortos o cartas rogatorias.	BOE 15-8-87
Convenio de Estrasburgo	27-1-77	Transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita.	BOE 21-12-85
Convenio de Luxemburgo	20-5-80	Reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a custodia de menores.	BOE 1-9-84
Convenio de la Haya	25-10-80	Acceso internacional a la justicia.	BOE 30-3-88
Convenio de la Haya	25-10-80	Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.	BOE 24-8-87
Convenio de Naciones Unidas	1-12-82	Derecho del mar.	BOE 14-2-97
Convenio de Estrasburgo	21-3-83	Traslado de personas condenadas.	BOE 10-6-85
Convenio de Bruselas	25-5-87	Traslado de personas condenadas.	BOE 31-5-96
Convenio de Lugano	16-9-88	Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.	BOE 20-10-94
Convenio de Viena	20-12-88	Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.	BOE 10-11-90
Acuerdo de Schengen	19-6-90	Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14-6-1985. Supresión gradual de controles en las fronteras comunes.	BOE 5-4-94
Convenio de Estrasburgo	8-11-90	Blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito.	BOE 21-10-98
	2-5-91	Reglamento de procedimiento de TPI.	DOCE 30-5-91
Convenio Europeo.	13-11-91	Ejecución de condenas penales extranjeras	-
Tratado	7-2-92	Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada.	DOUE 26-10-12
Convenio de Ginebra	6-5-93	Privilegios marítimos e hipoteca naval.	BOE 26-4-04
Reglamento (CE) 40/94	20-12-93	Marca comunitaria.	DOCE 14-1-94
	3-3-94	Instrucciones al Secretario del TPI.	DOCE 22-3-94
Convenio de París	17-12-97	Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.	BOE 22-2-02
Directiva 98/27/CE	19-5-98	Acciones de cesación en materia de protección de los consumidores.	DOCE 11-6-98

<b>NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
Convenio 98/ C 216/01	17-6-98	Decisiones de privación del derecho de conducir.	DOCE 10-7-98
Estatuto de Roma	17-7-98	Estatuto de la Corte Penal Internacional.	BOE 27-5-02
Convenio de Nueva York	9-12-99	Represión de la financiación del terrorismo.	BOE 23-5-02
Reglamento CE/1346/2000	29-5-00	Procedimientos de insolvencia.	DOCE 30-6-00
Reglamento CE/1347/2000	29-5-00	Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes.	DOCE 30-6-00
Reglamento CE/1348/2000	29-5-00	Notificación y traslado entre Estados miembros de documentos judiciales en materia civil y mercantil.	DOCE 30-6-00
Convenio de Bruselas	29-5-00	Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE.	BOE 28-5-05
Convenio de Palermo	13-12-00	Delincuencia organizada transnacional.	-
Reglamento CE/44/2001	22-12-00	Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.	DOCE 16-1-01
	26-2-01	Estatuto del TJCE (Tratado de Niza).	DOCE 10-3-01
Directiva 2001/23/CE	12-3-01	Derechos de los trabajadores en traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de éstos.	DOCE 22-3-01
Directiva 2001/24/CE	4-4-01	Saneamiento y liquidación de las entidades de crédito.	DOCE 5-5-01
Reglamento CE/1206/2001	28-5-01	Cooperación judicial en la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.	DOCE 27-6-01
Reglamento CE/6/2002		Dibujos y modelos comunitarios.	DOCE 5-1-02
Reglamento CE/743/2002	25-4-02	Cooperación judicial en materia civil.	DOCE 1-5-02
Directiva 2002/47/CE	6-6-02	Acuerdos de garantía financiera.	DOCE 27-6-02
Decisión 2002/584/JAI	13-6-02	Orden de detención europea y procedimientos de entrega entre Estados miembros.	DOCE 18-7-02
Reglamento CE/1/2003	16-12-02	Competencia.	DOCE 4-1-03
Directiva 2003/8/CE	27-1-03	Acceso a la justicia en los litigios transfronterizos.	DOCE 31-1-03
Reglamento (CE) 2201/2003	27-11-03	Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.	DOCE 23-12-03
Decisión 2004/844/CE	9-11-04	Formulario para la solicitud de asistencia jurídica gratuita con arreglo a la Dir 2003/8/CE.	DOUE 10-12-04
Reglamento (CE) 805/2004	21-4-04	Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.	DOUE 30-4-04
	15-10-04	Instrucciones prácticas TJCE. Recursos directos y recursos de casación.	DOUE 8-12-04

<b>NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
Decisión 2005/630/CE	26-8-05	Formulario para la transmisión de las solicitudes de justicia gratuita en aplicación de la Dir 2003/8/CE del Consejo.	DOUE 31-8-05
Directiva 2006/24/CE	15-3-06	Conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Dir 2002/58/CE.	DOUE 13-4-06
Reglamento (CE) 861/2007	11-7-07	Proceso europeo de escasa cuantía.	DOUE 31-7-07
Reglamento (CE) 864/2007	11-7-07	Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)	DOUE 31-7-07
	25-7-07	Rgto. procedimiento Tribunal de la Función Pública de la UE.	DOUE 29-8-07
	19-9-07	Instrucciones al secretario Tribunal de la Función Pública de la UE.	DOUE 25-9-07
Convenio Lugano	30-10-07	Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.	DOUE 10-6-04
Reglamento (CE) 1393/2007	13-11-07	Notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.	DOUE 10-12-07
Protocolo La Haya	23-11-07	Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya.	
Convenio La Haya	23-11-07	Cobro Internacional de Alimentos para Niños y Otros Miembros de la Familia, hecho en La Haya.	
Directiva 2008/52/CE	21-5-08	Mediación en asuntos civiles y mercantiles.	DOUE 24-5-08
Reglamento (CE) 593/2008	17-6-08	Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)	DOUE 4-7-08
Reglamento CE/4/2009	18-12-08	Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.	DOUE 10-1-09
Decisión Marco 2009/299/JAI	26-2-09	Modifica las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.	DOUE 27-3-09
Reglamento (CE) 280/2009	6-4-09	Modif anexos I, II y IV del Rgto CE/44/2001, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil	DOUE 7-4-09
Decisión marco 2009/948/JAI	30-11-09	Prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.	DOUE 15-12-09

<b>NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
Decisión Consejo	30-11-09	Adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya de 23-11-07, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias.	BOE 16-12-09
Directiva 2009/138/UE	25-11-09	Seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).	DOUE 17-12-09
Reglamento UE/Euratom/1080/2010	24-11-10	Modifica el Estatuto de los funcionarios e las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades.	DOUE 26-11-10
Reglamento UE/1259/2010	20-12-10	Establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial	DOUE 29-12-10
Reglamento UE/650/2012	4-7-12	Competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones, aceptación y ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a creación de un certificado sucesorio europeo.	DOUE 27-7-12
Reglamento	25-9-12	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.	DOUE 29-9-12
Decisión 2012/671/UE	23-10-12	Funciones jurisdiccionales del Vicepresidente del Tribunal de Justicia.	DOUE 30-10-12
Reglamento UE/1215/2012	12-12-12	Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.	DOUE 20-12-12
Reglamento UE/1336/2013	13-12-13	Modifica las Dir 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE en lo que concierne a los umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.	DOUE 14-12-13
Directiva 2014/17/UE	4-2-14	Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Dir 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Rgto UE/1093/2010.	DOUE 28-2-14
Directiva 2014/41/CE	3-4-14	Orden europea de investigación en materia penal.	DOUE 1-5-14
Directiva 2014/42/CE	3-4-14	Sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE.	DOUE 29-4-14
Reglamento UE/655/2014	15-5-14	Procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.	DOUE 27-6-14
Reglamento UE/542/2014	15-5-14	Modifica el Rgto UE/1215/2012, en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux.	DOUE 29-5-14
Reglamento de Ejecución UE/663/2014	5-6-14	Se sustituyen las listas de los procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento CE/1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.	DOUE 19-6-14
Reglamento ejecución UE/1329/2014	9-12-14	Establece los formularios mencionados en el Rgto UE/650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones	DOUE 16-12-12

<b>NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
		mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.	
Reglamento UE/263/2015	16-1-15	Modifica los anexos I a IV del Rgto CE/44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.	DOUE 19-2-15
Reglamento ejecución UE/228/2015	17-2-15	Se sustituyen los anexos I a VII del Rgto (CE) nº 4/2009 del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos	DOUE 20-2-15
Reglamento UE/848/2015	20-5-15	Procedimientos de insolvencia	DOUE 5-6-15
Reglamento UE/2340/2015	15-12-15	Modifica la Dir 2009/81/CE, en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.	DOUE 16-12-15
Reglamento UE/2341/2015	15-12-15	Modifica la Dir 2004/17/CE, en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.	DOUE 19-2-15
Reglamento UE/2342/2015	15-12-15	Modifica la Dir 2004/18/CE, en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.	DOUE 19-2-15
Reglamento UE/2015/2421	16-12-15	Modifica el Rgto CE/861/2007, que establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Rgto CE/1896/2006, que establece un proceso monitorio europeo.	DOUE 24-12-15
Decisión Consejo 2016/414	10-3-16	Autoriza a la República de Austria a firmar y ratificar el Convenio de La Haya de 15-11-65, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, y a Malta a adherirse a él, en interés de la Unión Europea.	DOUE 22-3-16
Directiva 2016/800/UE	11-5-16	Garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.	DOUE 21-5-15
Reglamento UE/2016/1103	24-6-16	Cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.	DOUE 08-7-16
Reglamento UE/2016/1104	24-6-16	Cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.	DOUE 08-7-16
Reglamento UE/2016/1823	10-10-16	Formularios mencionados en el Rgto (UE) 655/2014, del procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil	DOUE 19-10-16
Directiva UE 2016/1919	26-10-16	Asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.	DOUE 04-11-16
Decisión (UE) 2016-2220	2-12-16	Celebración, en nombre de la UEE, del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la UE sobre	DOUE 10-12-16

<b>NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL</b>			
<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenido</b>	<b>Publicación</b>
		la protección de los datos personales en relación con la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones penales.	
Reglamento UE/2017/353	15-2-17	Sustituye los anexos A y B del Rgto (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia.	DOUE 3-3-17
Directiva UE/2017/541	15-3-17	Relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI y se modifica la Decisión 2005/671/JAI.	DOUE 31-3-17
Reglamento (UE) 2017/1105	12-6-17	Formularios mencionados en el Rgto (UE) 2015/848.	DOUE 22-6-17
Reglamento (UE) 2017/1001	14-6-17	Marca de la UE.	DOUE 16-6-17
Reglamento Delegado (UE) 2017/1259	19-6-17	Sustituye los anexos I, II, III y IV del Rgto (CE) 861/2007, que establece un proceso europeo de escasa cuantía.	DOUE 13-7-17
Reglamento Delegado (UE) 2017/1260	19-6-17	Sustituye el anexo I del Rgto (CE) 1896/2006, que establece un proceso monitorio europeo.	DOUE 13-7-17
Directiva UE /2017/1371	5-7-17	Lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.	DOUE 28-7-17
Reglamento UE 2017/1939	12-10-17	Cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.	DOUE 31-10-17

20180905